

POLOŽAJ ČLANOVA UPRAVE DIONIČKOG DRUŠTVA PRI SKLAPANJU UGOVORA U IME DRUŠTVA, ALI S OSOBNIM INTERESOM U PRAVNOM POSLU

Mihaela Braut Filipović, dipl. iur. *

UDK 347-72.036

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: lipanj 2012.

U ovome je radu obrađena dopustivost self-dealing transakcija članova uprave dioničkih društava u slučajevima kada sklapaju ugovor sa samima sobom i kada sklapaju ugovor u ime društva, ali u kojemu imaju i osobni interes. Dan je pregled komparativnih rješenja, što uključuje i europsko pravo, o preventivnim mjerama kojima se nastoji onemogućiti da članovi uprave dioničkog društva ulaze u self-dealing transakcije koje su štetne za društvo. Bez ikakve je sumnje u hrvatskom i komparativnom pravu da su članovi uprave dioničkog društva dužni djelovati u interesu društva, no izostanak apsolutne zabrane self-dealing transakcija članova uprave otvara pitanje granica u kojima se mogu dopustiti takvi pravni poslovi te kako uspostaviti što učinkovitiji sustav kontrole nad njima. U članku su posebno izložene mogućnosti korištenja statuta i skupnog zastupanja radi kontrole nad self-dealing transakcijama članova uprave.

Gljučne riječi: pravo društava, sklapanje ugovora člana uprave s osobnim interesom, sklapanje ugovora sa samim sobom, skupno zastupanje u dioničkome društvu, statut dioničkoga društva

1. UVOD

U ovome će se radu obraditi dopuštenost *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkih društava u slučajevima kada sklapaju ugovor sa samima sobom i kada sklapaju ugovor u ime društva u kojem imaju i osobni interes, bez obzira na to je li on društvu poznat ili nije. Vrlo je lako moguće zamisliti situacije u kojima je član uprave dioničkog društva ujedno i zaseban poslovni subjekt na tržištu ili

* Mihaela Braut Filipović, dipl. iur., znanstveni novak - asistent, Pravni fakultet u Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

da osim interesa društva ima i osobni interes čije ostvarenje može, ali i ne mora, biti štetno za društvo. Iako takve transakcije mogu biti povoljne za dioničko društvo, ako primjerice član uprave ima patent ili neko drugo specifično znanje ili proizvod, ili pak ako kao zastupnik obiju strana najbolje može spojiti interese dviju strana, one otvaraju problem samovoljnog sklapanja *self-dealing* transakcija nad kojima društvo nema nadzor. U pravnu literaturu autori Johnson, La Porta, Lopez-de-Silvanes i Shleifer unose i čine popularnim krovni naziv *tunneling* za sve radnje kojima se sklapaju štetni poslovi za društvo od strane članova uprave i nadzornog organa, kao i kvalificiranih ulagatelja, a kojima se ponajprije izvlači imovina iz društva, slikovito rečeno, kao kroz podzemne tunele¹, daleko od očiju i znanja članova društva. Štetne *self-dealing* transakcije samo su jedan od pojavnih oblika *tunnelinga* i bit će obrađene u članku iz perspektive općih preventivnih mjera koje se poduzimaju protiv takvih radnji članova uprave. Također, predložit će se mehanizmi koje hrvatska dionička društva mogu usvojiti radi nadzora nad *self-dealing* transakcijama članova svojih uprava.

2. ODREĐENJE *SELF-DEALING* TRANSAKCIJA ČLANOVA UPRAVE DIONIČKOG DRUŠTVA

Tunneling, kao popularni nadređeni pojam radnji kojima članovi društva i njegovih organa poduzimaju radnje u svoju korist, a na štetu društva, možemo najjednostavnije podijeliti u tri glavne grupe.² Prva grupa, *cash flow tunneling*, odnosi se na uzimanje dijela profita koji je ostvarilo društvo. Jedino što je dobro kod takvih radnji jest što se ne odnose na dugoročne poslove i vrijednosti društva te u pravilu ne utječu negativno na vrijednost samih dionica i percepcije društva.³ Primjeri takvih radnji bile bi pretjerano visoke naknade članovima uprave i nadzornog odbora, *transfer pricing* i drugo. Druga grupa, *asset tunneling*, obuhvaća radnje kojima se dugoročna imovina društva izvlači ili unosi u

¹ Johnson, S.; La Porta, R.; Lopez-de-Silvanes, F.; Shleifer, A., *Tunneling*, American Economic Review, vol. 90, br. 2, 2000., str. 22 - 27, str. 22. Ovaj se rad smatra ključnim za istraživanje štetnih *self-dealing* transakcija članova uprave.

² Atanasov, V.; Black, B.; Cicciotello, C. S., *Unbundling and Measuring Tunneling*, University of Texas Law School Law and Economics Working Paper No. 117, 2008., <http://ssrn.com/abstract=1030529>, 10. siječnja 2012., str. 2.

³ *Loc. cit.*

društvo.⁴ Glavna razlika u odnosu na prvu grupu jest što se izvlači dugoročna imovina koja utječe na dugoročno poslovanje društva, što je čini mnogo opasnijom za društvo. Dakle, razlika je u samome svojstvu imovine koja se izvlači ili unosi, dok javni oblici mogu biti isti kao i u prvoj grupi. Treću grupu, *equity tunneling*, čine radnje kojima se povećava utjecaj dioničara u društvu stjecanjem novih dionica kao posljedica raznih manipulacija.⁵ Tu pripadaju manipulativni *squeeze-outi* manjinskih dioničara, *insider trading* i dr. S obzirom na to da se u svim opisanim grupama *tunnelinga* s jedne strane pojavljuje član društva ili član organa društva, a s druge fizička ili pravna osoba u kojoj član društva ima osobni interes, bio on vidljiv ili skriven društvu, s uvijek istom posljedicom nanošenja štete društvu, može se zaključiti da se *self-dealing* transakcije mogu pojaviti u okviru bilo kojeg od opisanih oblika *tunnelinga*. Stoga se one nalaze u samom srcu *tunnelinga* i čine izvor svih daljnjih oblika manipulacija.

Clark je naveo tri glavna kriterija za određivanje koje radnje pripadaju u *self-dealing* transakcije.⁶ Kao prvo, mora biti riječ o poslovnoj transakciji u kojoj je jedna strana uvijek društvo. Kao drugo, traži se da poslove tog društva vodi ili ima vladajući utjecaj pojedinac ili grupa unutar društva, kao što je uprava društva ili većinski dioničar. Kao treće, traži se da pojedinac ili grupa s vladajućim utjecajem ima osobni interes u poslovnoj transakciji koju poduzima društvo.

Self-dealing transakcije u članku su podijeljene u dvije grupe. U prvoj se grupi nalaze transakcije u kojima članovi uprave dioničkog društva sklapaju ugovore sami sa sobom. To znači da s jedne strane član uprave sklapa ugovor u ime društva koje zastupa kao zakonski zastupnik, a s druge strane sklapa ugovor u svoje ime, bilo za svoj ili za tuđi račun. Također, u ovu grupu ulazi i sklapanje pravnog posla u kojem se član uprave s obiju strana pojavljuje kao *zastupnik* stranaka, tj. u kojem sklapa ugovor u ime i za račun obiju stranaka. Dakle, u tim poslovima član uprave pojavljuje se na objema stranama te postoji snažna pretpostavka da je društvu poznato takvo djelovanje člana uprave.

U drugoj se grupi *self-dealing* transakcija nalaze pravni poslovi koje s jedne strane uvijek sklapa društvo s trećim osobama, a u kojima član uprave ima osobni interes, neovisno o tome je li taj interes društvu poznat ili nije. Najplastičniji primjer bio bi pravni posao u kojemu se kao treća strana javlja osoba u krvnom

⁴ *Ibid.*, str. 3.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ Clark, R. C., *Corporate law*, Boston, 1986., str. 147.

srodstvu ili u bračnoj zajednici s članom uprave. Također, u tu bi skupinu ulazili i pravni poslovi s drugim društvom u kojemu je član uprave dioničar/udjelničar ili ima primjerice dionice koje je dao u skrbništvo, pri čemu trećim stranama nije vidljiv pravi imatelj tih dionica⁷, bez obzira na to je li riječ o većinskom imatelju dionica u tom drugom društvu ili nije.

U članku će se obraditi postoji li kod *self-dealing* transakcija obveza člana uprave da razotkrije društvu postojanje sukoba interesa, slijedi li nakon otkrivanja posebni postupak odobravanja ovakvih transakcija, i od čije strane, kakve su posljedice za člana uprave i za sklopljeni pravni posao ako društvo naknadno dozna da je postojao sukob interesa. Također, obradit će se traži li se pri tome da je društvu nastala šteta sklapanjem takvog posla ili nije.

3. OPĆENITO O PREVENTIVNIM MJERAMA SUZBIJANJA *SELF-DEALING* TRANSAKCIJA ČLANOVA UPRAVE NA ŠTETU TRGOVAČKOG DRUŠTVA

S obzirom na to da pojava *self-dealing* transakcija u društvima nije nova, u zakonodavstva je utkan niz mjera kojima se nastoji spriječiti njihov štetan utjecaj na društvo. Prije svega, riječ je o dvama temeljnim načelima.

Prvo načelo je stupanj pozornosti (*duty of care*) koji se traži od članova uprave pri vođenju poslova društva.⁸ Zakon o trgovačkim društvima⁹ (dalje u tekstu: ZTD) u čl. 252. st. 1. jasno određuje da članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. Međutim, ZTD uvodi presumpciju da član uprave ne postupa protivno ovome načelu ako pri donošenju poslovne odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno

⁷ O skrbništvu nad dionicama te mogućnosti dobivanja podataka o pravom imatelju dionica vidi u: Markovinović, H.; Tepeš, N., *Ostvarivanje prava glasa po dionicama u skrbništvu*, u: Čulinović Herc, E.; Jurić, D.; Žunić Kovačević, N. (ur.), *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, Rijeka, 2011., str. 339 - 379.

⁸ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23; Enriques, L., *The law on Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis*, International and Comparative Corporate Law Journal, vol. 2, br. 3, 2000., str. 297 - 333, str. 302, <http://web.mmc.edu.cn/shekebu/faxue/legal%20english/LinkedDocuments/The%20law%20of%20company%20director.pdf>, 11. siječnja 2012.; Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 123 - 149.

⁹ Narodne novine, br. 11/1993, 34/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009.

pretpostaviti da djeluje u korist društva. Drugim riječima, riječ je o tzv. *business judgement rule* (*unternehmerisches Ermessen*)¹⁰ na koji se članovi uprave pozivaju da bi izbjegli odgovornost za vođenje poslova prema društvu. Međutim, članovi uprave se ne mogu pozivati na to načelo ako im se dokaže postojanje sukoba interesa.¹¹ Tada je bilo kakva poslovna prosudba koja je u polju njihova sukoba interesa temelj njihove odgovornosti prema društvu. Razlog takvim stavovima je argument da čim postoji osobni interes člana uprave u transakcijama društva, on više ne može djelovati isključivo u interesu društva. S obzirom na to da u tim slučajevima prosudba članova uprave više ne može biti objektivna, ne može se pozivati na *business judgement rule* kao osnovu za oslobođenje od odgovornosti za vođenje poslova prema društvu. Isto vrijedi i ako je odluka članova uprave prijevarena i protupravna.¹²

Drugo načelo je dužnost lojalnosti (*duty of loyalty, fiduciary duty* ili *Treuepflicht*)¹³ koje se sastoji od obveze svih članova društva i članova uprave i nadzornog odbora da djeluju u interesu društva. Dužnost lojalnosti izravno je usmjerena na situacije u kojima je prisutan sukob interesa te zabranjuje članovima društva i njegovim organima da poduzimaju poslove u svoju korist, a na štetu društva (štetne *self-dealing* transakcije).¹⁴

Mnogi autori naglašavaju razliku između *common law* i *civil law* pravnih sustava u suzbijanju štetnih *self-dealing* pravnih poslova članova uprave.¹⁵ Najveća je

¹⁰ Više o tomu u Horak, H.; Dumančić, K., *Pravilo poslovne prosudbe u hrvatskom i pravu SAD*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 29, br. 2, 2008., str. 975 - 1008.

¹¹ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23; Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 124. Vidi široko tumačenje postojanja sukoba interesa u američkoj presudi *Litwin v. Allen*, 25 N.Y.S.2d 667 (S. Ct. 1940.).

¹² *Shlensky v. Wrigley*, 237 N. E. 2d 776, 780 (Ill. App. 1968.); *Maldonado v. Flynn*, 413 A.2d 1251, 1255-1256 (Del. Ch. 1980.), rev'd, 430 A.2d 779 (Del. 1981.).

¹³ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23.

¹⁴ Barbić argumentira da načelo lojalnosti dopunjuje pravilo o jednakom položaju dioničara u društvu, što dolazi do izražaja kada sam zakon dopušta zahvate u dioničarska prava, a bez prethodne suglasnosti samih dioničara. Vidi Barbić, J., *Pravo društava, Društva kapitala: Dioničko društvo*, knjiga druga, svezak I., Zagreb, 2010., str. 517 - 518. Jedna od takvih situacija je tzv. *squeeze out* manjinskih dioničara (čl. 300.f - 300.k ZTD-a). Vidi u: Čulinović Herc, E.; Zubović, A., *Prijenos dionica manjinskih dioničara (squeeze out) i srodni instituti u pravu društava*, u: Čulinović Herc, E.; Jurić, D.; Žunić Kovačević, N. (ur), *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, Rijeka, 2011., str. 247 - 303.

¹⁵ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23. Autori zaključuju da je veća vjerojatnost da će *civil law* sudovi dopustiti mogućnost *self-dealing* transakcija te općenito *tunneling* zbog

razlika u tome što *civil law* sustav naglašava pravnu predvidljivost te se oslanja na formalnopravne akte, kao što su statuti društva i zakoni. Suprotno od toga, *common law* sustav naglašava poštenje i pravednost, pri čemu sudovi u svakom slučaju ocjenjuju utuženu radnju ili propust na temelju načela lojalnosti¹⁶, što im daje veću slobodu u slučajevima u kojima se utužuje povreda člana uprave koju u takvom obliku zakonodavac nije predvidio.¹⁷

Hopt ide korak dalje smatrajući da je upravo izostanak razvoja fiducijarnih odnosa kakvi su prisutni u anglosaksonskom konceptu *trusta* razlog što su *civil law* zemlje danas manje prilagodljive problemima suvremene poslovne etike.¹⁸

Ipak, i u krugu *civil law* zemalja javljaju se nove tendencije. Jedna od njih je primjena doktrine (*loss of*) *corporate opportunities* pred sudovima europskih zemalja. Doktrina *corporate opportunities* ima korijen u anglosaksonskom pravu, u kojem se razvila u okviru opće obveze članova uprave da djeluju u interesu društva (pri čemu se članovi uprave smatraju fiducijarima društva), a njezin je cilj zabrana članovima uprave da "preotmu" poslovne prilike društvu za svoj račun.¹⁹ Drugim riječima, članovima uprave zabranjuje se da sklapaju poslove

četiriju razloga: a) *civil law* sudovi uže tumače i primjenjuju načelo lojalnosti, b) traže viši standard dokazivanja da je došlo do sukoba interesa, c) više uzimaju u obzir interese dioničara, pa ih prema autorima čak postavljaju i iznad interesa društva, d) više se oslanjaju na formalnopravne akte, kao što je statut, i na unaprijed definirane situacije sukoba interesa. Također vidi u: Djankov, S.; La Porta, R.; Lopez-de-Silanes, F.; Schleifer, A., *The Law and Economics of Self-Dealing*, Journal of Financial Economics, vol. 88, br. 3, 2008., str. 430 - 465, str. 437, http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/self_dealing.pdf, 10. siječnja 2012.; Zajc, K., *Fiduciary Duties of Corporate Directors and/or managers: an Overview of the US Legal System*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 54, br. 1, 2004., str. 106 - 108; Jurić, D., *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007., str. 543 - 553.

¹⁶ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23 - 24.

¹⁷ Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 141. Također u Clark, R. C., *Agency Costs Versus Fiduciary Duties*, u: Pratt, J. W.; Zeckhauser, R. (ur.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, 1985., str. 55 - 79.

¹⁸ Hopt, J. K., *Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest*, u: Hopt, J. K.; Teubner, G. (ur.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, Berlin, 1985., str. 295 - 296.

¹⁹ Brown, D. J., *When opportunity knocks: an analysis of the Brudney and Clark and Ali principles of corporate governance proposals for deciding corporate opportunity claims*, Journal of Corporation Law, vol. 11, br. 2, 1986., str. 255 - 276. Također o tome vidi u: Landes, D. R.,

u svoje ime, umjesto u ime društva, kada god bi to kao posljedicu imalo da je društvo izgubilo poslovnu priliku. S obzirom na to da nije jednostavno odrediti kada određen posao koji je član uprave sklopio u svoje ime znači ujedno i gubitak poslovne prilike za društvo, američki su sudovi razvili razne kriterije.²⁰ Prihvat te doktrine od strane nekih sudova iz *civil law* kruga zemalja važan je iskorak prema anglosaksonskom agilnijem shvaćanju obveze lojalnosti članova uprave prema društvu, u čemu vodeće mjesto zauzima Njemačka.²¹

Hopt opisuje jedan od prvih njemačkih slučajeva iz 1967.²² u kojemu je sud (*Bundesgerichtshof*) primijenio doktrinu (*loss of*) *corporate opportunity*. Važan iskorak je učinjen stavom suda da član uprave ne može sklapati poslove s osobnim interesom koji su mu ponuđeni isključivo zato što se nalazio na poziciji člana uprave društva. Također, stav je suda bio da je tužitelj svojim ponašanjem ugrozio ne samo reputaciju društva, već i povjerenje zajednice u tržište kapitala općenito jer otvara prostor razmišljanju da se članovi uprave mogu ponašati tako da za sebe ugovaraju povoljnije poslove no što bi mogli da nisu na tim pozicijama.²³ Takav osjećaj za dužnost članova uprave prema društvu i zajednici svakako je sve bliži konceptu fiducijarne odgovornosti članova uprave anglosaksonskog prava.

Economic efficiency and the corporate opportunity doctrine: in defense of a contextual disclosure rule, Temple Law Review, vol. 74, br. 4, 2001., str. 837 - 877; Talley, E., *Turning Servile Opportunites to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, Yale Law Journal, vol. 108, br. 2, 1998., str. 277 - 375; Kershaw, D., *Lost in translation: Corporate opportunities in comparative perspective*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 25, br. 4, 2005., str. 603 - 627. Doktrina je poduprta i mnogim presudama američkih sudova kao što su: *Looney v. M-Squared, Inc.*, 262 Ga. App. 499, 586 S.E.2d 44 (2003.); *Matter of Villa Maria, Inc.*, 312 N.W.2d 921 (Minn. 1981.); *Meiselman v. Meiselman*, 309 N.C. 279, 307 S.E.2d 551 (1983.); *In re Digex Inc. Shareholders Litigation*, 789 A. 2d 1176 (Del. Ch. 2000.); *Parks v. Multimedia Technologies, Inc.*, 239 Ga. App. 282, 520 S.E.2d 517 (1999.); *Jenkins v. Jenkins*, 138 Idaho 424, 64 P.3d 953 (2003.); *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S.Ct. 2729, U.S. (2011.).

²⁰ Više o tome u: Brown, *op. cit.* u bilj. 19.

²¹ Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 295. Također vidi u: Hofmann, C., *Der Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht*, Berlin, 2011., str. 294. Hofmann se još poziva na sljedeće slučajeve u kojima je primijenjena doktrina *corporate opportunity*: BGH WM 1977, 361, 362.; BGH WM 1983, 498; BGH NYW 1986, 584f; BGH NYW 1986, 585, 586; BGH WM 1989 1335, 1339.

²² BGH WM 1967, 679, u Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 295.

²³ *Ibid.*, str. 296.

Međutim, u francuskoj sudskoj praksi može se naći sasvim drukčije rješenje. U poznatom slučaju *SARL Peronnet* koji je opisao Johnson i dr.²⁴ francuski je sud odbio primijeniti doktrinu *corporate opportunities*. Činjenice slučaja su sljedeće. *SAICO*, manjinski dioničar društva *SARL Peronnet*, tužio je članove uprave koji su ujedno bili i većinski dioničari društva, a to su članovi obitelji *Peronnet*, za nelojalno postupanje prema društvu. Riječ je o tome da je obitelj *Peronnet* osnovala novo društvo pod imenom *SCI*, u kojem su oni bili jedini dioničari, a koje je zatim kupilo zemljište te uzelo zajam za izgradnju skladišta. Sporna činjenica bila je da je *SCI* tako izgrađeno skladište dalo u zakup, i to prvome društvu, *SARL Peronnetu*, u iznosu koji je pokrивao rate zajma koju je *SCI* otplaćivao za sagrađeno skladište. Tužitelj *SAICO* je na temelju toga tvrdio da je došlo do nelojalnog postupanja članova uprave te da je riječ o klasičnom slučaju otimanja poslovne prilike za društvo (*loss of corporate opportunity*). Sud je odbio tužbu, ustvrdivši da članovi uprave nisu povrijedili svoje obveze iz dvaju glavnih razloga. Kao prvo, stav je suda bio da tim poslom nije narušen interes društva *SARL Peronnet* s obzirom na činjenicu da je u spornom razdoblju čak zabilježilo porast prodaje svojih proizvoda. Kao drugo, sud je zaključio da gradnja i davanje skladišta u zakup od strane *SCI*-ja nije imalo samo svrhu da se oštete ostali dioničari *SARL Peronneta*, već i opravdanu poslovnu svrhu, poduprto činjenicom da cijena zakupa skladišta nije bila iznad prosječne. Stoga je zaključak suda bio da sve dok manjinski dioničari nisu trpjeli stvarnu štetu zbog postupanja članova uprave na snazi ostaje presumpcija da su članovi uprave pri donošenju poslovne odluke mogli razumno pretpostaviti da djeluju u korist društva (*business judgment rule*).

Iako se praksa europskih sudova razlikuje, u radu će se u nastavku analizirati određene skupine preventivnih mjera s njihovim općim karakteristikama koje europski zakonodavci primjenjuju u borbi protiv štetnih *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkih društava.

²⁴ Johnson i dr., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24. U radu su opisana još dva slučaja, talijanski *Marcilli* i belgijski *Flambo and Barro*, koji potvrđuju stajalište da sudovi *civil law* zemalja snažnije ističu formalnopravne akte.

a) Apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva

Apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave bila bi najjednostavnija i najefikasnija preventivna mjera. Ako bi ipak ulazili u takve poslove, odmah bi se nalazili u povredi svojih dužnosti prema društvu te bi, sukladno rješenju odgovarajućeg zakonodavstva, bili obvezni vratiti društvu korist stečenu tim poslom ili bi taj posao bio ništav ili bi bili pod prekršajnim sankcijama predviđenim zakonom ili bi pak imali obvezu naknade štete društvu i dr.

Povijesno gledajući, mogu se navesti dvije jurisdikcije u kojima je postojala zabrana sklapanja *self-dealing* transakcija, iako u ograničenu opsegu. To su Sjedinjene Američke Države i Velika Britanija.²⁵ Međutim, danas ni u jednom europskom zakonodavstvu nije umetnuta apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija za članove uprave dioničkog društva.²⁶ Razlog možemo potražiti u odgovoru na pitanje: ima li svako sklapanje ugovora člana uprave dioničkog društva sa samim sobom ili s osobnim interesom za posljedicu štetu prema društvu? Odgovor na to po samoj je logici stvari negativan.²⁷ Clark je dao kratak i jasan opis nepoštenih te stoga štetnih za društvo *self-dealing* transakcija članova uprave, a to je svaka situacija u kojoj je konačna korist od sklopljenog posla *manja* no što bi bila da nije postojao sukob interesa na strani zastupnika društva, odnosno člana uprave dioničkog društva.²⁸ U slučajevima kada bi član uprave sklopio ugovor sa samim sobom, kojim bi društvo ostvarilo istu ili čak veću korist nego koju bi inače ostvarilo, tada društvo ne bi bilo oštećeno. Naprotiv, društvo može imati koristi od *self-dealing* pravnih poslova. Clark navodi da se tako mogu izbjeći određeni troškovi sklapanja ugovora (troškovi pregovora,

²⁵ Enriques, *op. cit.* u bilj. 8, str. 303 - 304. Vidi Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 160. Također vidi Marsh, H., *Are Directors Trustees?*, Business Lawyer, vol. 22, 1966., str. 35 - 76; Marsh, H., *The Fairness Test of Corporate Contracts with Interested Directors*, Harvard Law Review, vol. 61, 1948., str. 335 - 344; Beveridge, N. P. Jr., *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Loyalty: Understanding the Self-Interested Director Transaction*, DePaul Law Review, vol. 41, br. 3, 1992., str. 655 - 688. Za englesko pravo vidi slučaj *Aberdeen Railway v. Blaikie* iz 1854., 1 Macq. H. L. 461 (H.L.Sc.). Također u: *Benson v. Heathorn* (1845.), 63 E.R. 748 (Court of Chancery). Suprotan stav zauzet je u slučaju *Imperial Mercantile Credit Association v. Coleman*, LR 6 Ch App 558 (Court of Appeal Chancery).

²⁶ Enriques, *op. cit.* u bilj. 8, str. 303; Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 287; Djankov; La Porta; Lopez-de-Silanes; Schleifer, *op. cit.* u bilj. 15, str. 431.

²⁷ Enriques, *op. cit.* u bilj. 8, str. 299.

²⁸ Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 147 - 148.

informiranje o interesima i financijskom položaju druge strane, jednostavnija i efikasnija komunikacija i dr.) te troškovi proizvodnje kao primjerice u slučaju ako član uprave posjeduje neko pravo ili stvar (vlasništvo nad zemljištem) koji su iznimno vrijedni za društvo.²⁹

b) Selektivna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva

Umjesto apsolutne zabrane zakonodavstva su pokazala veću sklonost selektivnim zabranama *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva. To znači da su neki poslovi članovima uprave zabranjeni jer su u sukobu s interesima društva. Pri tome zabrana može biti apsolutna ili relativna.

Primjer je zabrana članovima uprave dioničkog društva da sami sebi i s njima povezanim osobama odobravaju kredit. Takva su rješenja primjerice prihvaćena u Njemačkoj³⁰, Francuskoj³¹ i Italiji.³² Hrvatski je zakonodavac prihvatio rješenje po uzoru na Njemačku.³³ Po tom je modelu zabrana apsolutna u odnosu na članove uprave, što znači da oni ni pod kojim uvjetima ne mogu donijeti odluku da sami sebi ili jednome od njih ili s njima povezanim osobama odobre davanje kredita. Međutim, zabrana je relativna s aspekta društva, koje im ipak može odobriti davanje kredita, ali putem drugog organa. Tako njemački Aktiengesetz (dalje u tekstu: AktG) predviđa da se kredit može dati članovima uprave i s njima povezanim osobama ako nadzorni odbor da posebno odobrenje.³⁴ Na taj

²⁹ *Ibid.*, str. 148 - 187. Štoviše, Hopt smatra da se u ovakvim slučajevima čak više pojavljuje pitanje je li član uprave dužan *ne prodati* određeno pravo vlasništva ili pravo patenta *trećoj osobi*, već, uz primjerenu naknadu, prodati pravo ili stvar *isključivo društvu* čiji je zakonski zastupnik. Odgovor na to pitanje nije jedinstven, ovisno o poimanju fiducijarne dužnosti članova uprave prema društvu. Vidi Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 292.

³⁰ § 89 AktG-a.

³¹ Art. 148 Loi n 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

³² Art. 2624, Il Codice Civile Italiano.

³³ Čl. 249. ZTD-a.

³⁴ § 89 AktG. Više o tome u: Bürgers, T.; Israel, A., *Vorstand*, u: Bürgers, T.; Körber, T. (ur.), *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg, 2008., str. 572. Bürgers i Israel objašnjavaju da se odobrenje (*Einwilligung*) daje posebnom odlukom (*Beschluss*) nadzornog odbora, pri čemu se donošenje odluke o davanju kredita članovima uprave i s njima povezanim osobama ne može delegirati na drugo tijelo (§ 107 (3) AktG-a). Bez dobivenog odobrenja od nadzornog odbora davanje kredita članovima uprave bilo bi ništavo.

se način izbjegava sukob između interesa članova uprave s interesima društva jer se društvo ne može pouzdati u objektivnost svojih članova uprave. Istodobno se postiže i kontrola nad pojedinim pravnim poslovima društva.³⁵ A pri tome ključnu ulogu ima nadzorni odbor društva.

Zanimljivo je pitanje zašto se davanje kredita članovima uprave regulira strože od ostalih *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva. Razlog strožem režimu je u tome što se davanje kredita članu uprave ili s njime povezanim osobama smatra radnjom koja je *per se* opasna za društvo jer tu društvo prenosi vlastitu imovinu na članove uprave.³⁶ Iako je obveza člana uprave da vrati kredit prema danim uvjetima, opasnost za društvo leži u tome što društvu za vrijeme trajanja kredita neće biti dostupna imovina koju je dalo u kredit, što može biti vrlo štetno za poslovanje društva, te što je vraćanje kredita uvijek spojeno s rizikom nemogućnosti plaćanja dužnika.³⁷ Osim zaštite koja se time pruža samome društvu, štiti se i vjerovnike društva. No, s druge strane, zanimljivo je da davanje kredita dioničarima nije zabranjeno, osim kada društvo daje dioničarima kredit za kupnju vlastitih dionica.³⁸ Naime, davanje kredita dioničarima povezano je s istim rizicima kao davanje kredita članovima uprave. Ipak, rješenje zakonodavca može se argumentirati činjenicom da davanje kredita dioničarima pripada u nadležnost uprave društva, a dok uprava djeluje isključivo u interesu društva, društvo se može osloniti na upravu da će donijeti razumnu poslovnu odluku. S druge strane, kada uprava treba odlučiti o davanju kredita jednome od svojih članova, sukob interesa je takav da zakonodavac zabranjuje upravi donošenje takve odluke. U tom je slučaju potrebna odluka nadzornog organa, kojem je kogentnom zakonskom normom trajno dano u nadležnost da u tom segmentu odlučuje o poslovima društva.

Drugi primjer selektivne zabrane je zabrana članovima uprave dioničkog društva da, nakon što su imenovani u položaj člana uprave, sami sebi određuju naknadu koju će primati.³⁹ Naime, nije sporno da članovi uprave prije no što

³⁵ Spindler, G., *Vorstand*, u: Goette, W.; Habersack, M.; Kalss, S. (ur.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 2 §§ 76 - 117*, München, 2008., § 89 RdNr 1.

³⁶ Enriques, *op. cit.* u bilj. 8, str. 307.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Za Njemačku: § 71a (1) AktG-a; za Italiju: Art. 2624, Il Codice Civile Italiano; za Hrvatsku: čl. 234. st. 1. ZTD-a.

³⁹ Za Njemačku: § 87 AktG-a; za Italiju: Art. 2389, Il Codice Civile Italiano; za Hrvatsku: čl. 247. ZTD-a.

prihvate posao mogu pregovarati o visini naknade koju će primati.⁴⁰ Tu će svakako igrati ulogu njihovo iskustvo i referencije. No, jednom kada prihvate posao, neprihvatljivo je dopustiti da sami mogu podizati plaću i druge naknade u svoju korist.⁴¹ U tom su smjeru donesene i preporuke⁴² europskog zakonodavstva koje su primijenjene u većini europskih zemalja.

c) Zabrana konkurencije s interesima dioničkog društva kao uvjet za odabir člana uprave

Dok je pitanje dopustivosti *self-dealing* transakcija članova uprave usmjereno na pojedine privatnopravne poslove, pitanje dopustivosti konkurencije interesa člana uprave s interesom društva otvara temeljno pitanje: može li fizička osoba uopće biti postavljena za člana uprave društva dok se nalazi u sukobu interesa s društvom? To posebice dolazi do izražaja kada je član uprave ujedno i član uprave ili nadzornog odbora drugog društva⁴³ i kada za svoj ili tuđi račun obav-

⁴⁰ Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 293.

⁴¹ Više o tome u: Jurić, D., *Primanja za rad i objavljivanje podataka o primanjima za rad članova uprave i nadzornog odbora dioničkog društva*, u: Čulinović Herc, E.; Jurić, D.; Žunić Kovačević, N. (ur.), *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, Rijeka, 2011., str. 115 - 157.

⁴² 2004/913/EC, Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, Text with EEA relevance, OJ L 385, 29. prosinca 2004., str. 55 - 59; EC, Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board, OJ L 52, 25. veljače 2005., str. 51 - 63.

⁴³ Yeo, M., *The Myth of Undivided Loyalty*, Company Lawyer, vol. 11, br. 7, 1990., str. 149 - 152, str. 150. Yeo obrazlaže da je u ovako opisanu slučaju riječ o izravnoj povezanosti interesa društava koja imaju istu osobu za člana uprave, tzv. *direct interlock*. Prema teoriji o nepodijeljenoj lojalnosti takva situacija ne bi bila dopustiva. Međutim, Yeo potvrđuje da je zahtjev nepodijeljene lojalnosti člana uprave mit, ako ništa drugo, tada već iz samog razloga što se ne može očekivati da član uprave nema osobne interese. Činjenica da je jedna osoba član više uprava samo je produžetak misli da je apsolutna nepodijeljenost lojalnosti standard kojemu se teži, ali koji nije provediv u praksi. Također o pitanju podijeljene lojalnosti vidi u: Woolf, T., *The venture capitalist's corporate opportunity problem*, Columbia Business Law Review, vol. 2001, br. 2, 2001., str. 473 - 508; Gold, A. S., *The new concept of loyalty in corporate law*, University of California Davis Law Review, vol. 43, br. 2, 2009., str. 457 - 489; Laby, A. B., *Resolving conflicts of duty in fiduciary relationships*, American University Law Review, vol. 54, br. 1, 2004., str. 75 - 149.

lja poslove koji ulaze u predmet poslovanja društva. Dakle, riječ je o unaprijed poznatom postojanju sukoba interesa.⁴⁴

U slučaju kada je član uprave ujedno član uprave ili nadzornog odbora drugih društava otvara se pitanje podjele njegove lojalnosti. Bez sumnje je da se ta obveza mora jednako podijeliti na sva društva, da se svaka odluka u društvu mora donositi isključivo u interesu tog društva⁴⁵, da se moraju čuvati poslovne tajne pojedinog društva te da je član uprave obavezan ispunjavati svoje obveze prema svakome društvu kako ih je preuzeo.⁴⁶ To jasno proizlazi iz obveze članova uprave da djeluju u interesu društva koje ih je odabralo za člana uprave, što su oni potvrdili prihvatom.

Međutim, može li se uopće dopustiti da jedna osoba obavlja funkciju člana uprave u više društava? Europski zakonodavci odgovorili su potvrdno, uz ispunjenje dodatnog uvjeta, a to je odobrenje od nadzornog, odnosno upravnog odbora.⁴⁷ Bez suglasnosti, takve osobe ne mogu biti postavljene za članove uprave. Ovakvo rješenje štiti društvo, a ujedno mu daje izbor. Naime, društvo ima pravo na članove uprave čija je radna sposobnost i lojalnost 100 % posvećena društvu, koje ih za to i plaća.⁴⁸ No po svojem izboru može od toga odstupiti. Jedno od praktičnih rješenja moglo bi biti da se u zakonu odredi maksimalan broj društava u kojima ista osoba može biti član uprave. To se učinilo za članove nadzornog odbora.⁴⁹

Sljedeće je pitanje može li jednom dana suglasnost nadzornog odbora za odabir člana uprave unaprijed oslobađati člana uprave od sumnje da djeluje u

⁴⁴ Na konkurenciju članova uprave s društvom *ne odnose* se odredbe zakonodavstava koje se inače primjenjuju na odredbe o zabrani konkurencije radnika u odnosu na poslodavca, što se može regulirati u okviru ugovora o radu. Vidi *Non-Compete Clauses: An International Guide*, Ius Laboris, <http://www.iuslaboris.com/Files/non-compete-clauses-an-international-guide.pdf>, 13. siječnja 2012.

⁴⁵ *Lindgren v. L&P Estates Ltd*, 1968., Ch 572, 594; *Scottish Co-operative Wholesale Ltd v. Meyer*, 1959., AC 324.

⁴⁶ Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 304.

⁴⁷ Vidi primjerice za Njemačku: § 88 (1) AktG-a; za Francusku: čl. L.225-38 Code de Commerce; za Sloveniju čl. 41 i čl. 42. Zakona o gospodarskih družbah; za Hrvatsku: čl. 248. ZTD-a. Vidi više u: Jurić, *op. cit.* u bilj. 15, str. 561 - 570.

⁴⁸ Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 301.

⁴⁹ Njemačko i hrvatsko zakonodavstvo predviđaju da ista osoba može biti član nadzornog odbora istodobno u najviše deset dioničkih društava (§ 100 (2, 1) AktG-a; čl. 255. st. 2. t. 2. ZTD-a). O tome se pitanju vode rasprave, posebice u okviru korporativnog upravljanja. Vidi u: Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 304 - 310.

sukobu interesa s društvom. Odgovor je naravno negativan. Inače bi se takva suglasnost mogla poistovjetiti s odricanjem društva od prava da ima upravu koja djeluje u njegovu najboljem interesu. Jednom postavljeni članovi uprave, uz potrebnu suglasnost nadzornog odbora zbog funkcija u više društava ili bez potrebe za takvom suglasnošću, dužni su uvijek djelovati u najboljem interesu društva, s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Unatoč tome što je dopušteno, sama činjenica da jedna osoba ima dužnost djelovati u interesu više društava ostavlja prostor za razmišljanje da ne može zastupati svako društvo jednako, posebice kada ta društva sklapaju poslove između sebe, pri čemu se član uprave pojavljuje kao zastupnik na objema stranama ili ako se pak oba društva natječu za isti posao ili su im predmeti poslovanja isti, što znači da je sukob interesa *per se* uvijek prisutan.⁵⁰

d) Obveza člana uprave dioničkog društva da društvu otkrije postojanje osobnog interesa u poslovnoj transakciji društva (*disclosure*)

Prvo pitanje koje se nameće jest jesu li članovi uprave uopće obvezni otkriti postojanje osobnog interesa u poslovnoj transakciji društva. Što se tiče moralnog aspekta tog pitanja, postoji jedinstveno mišljenje autora da jesu.⁵¹ Često se citira američki sudac Brandeis koji je rekao: *Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.*⁵² Znanje o postojanju sukoba interesa članova uprave ključno je za očuvanje interesa društva.

Međutim, komparativna analiza pokazuje da su zakonodavci zauzeli različita stajališta, a razlika između *common* i *civil law* i u ovome je pitanju velika. Američko pravo nameće iznimno stroge obveze članovima uprave da društvu otkriju postojanje osobnog interesa u transakciji društva, što proizlazi iz činjenice da su članovi uprave u fiducijarnom odnosu prema društvu. U tom smislu ključna je odluka američkog suda iz 1964., *Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster*

⁵⁰ Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 159. Vidi u: Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 305, 314.

⁵¹ Enriques, L., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000., str. 33; Berle, A. A.; Means, G. C., *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1933., str. 221; Schmidt, D., *Les conflits d'intérêts, dans la société anonyme*, Paris, 1999., str. 28.; Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 291.

⁵² Brandeis, L. D., *Other People's Money*, Washington D.C., 1914., str. 92.

Co.⁵³, u kojoj je sud već samu činjenicu da član uprave nije otkrio postojanje osobnog interesa ocijenio kao povredu dužnosti člana uprave prema društvu te kao osnovu za odgovornost prema društvu. Isto je potvrđeno i u recentnijim odlukama američkih sudova.⁵⁴ Dakle, član uprave odgovoran je društvu za štetu već samom činjenicom što nije otkrio postojanje osobnog interesa, bez obzira na to je li konkretna transakcija zbilja bila štetna za društvo ili nije.

Američki sudovi otišli su i korak dalje, određujući da čak ni otkrivanje društvu o postojanju osobnog interesa više nije dovoljno da bi se članovi uprave oslobodili odgovornosti. U slučaju *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*⁵⁵ sud je postavio kriterij da su članovi uprave dužni otkriti društvu sve okolnosti vezane uz spornu transakciju te upozoriti društvo na rizike. Konkretno, sud je smatrao da ostali članovi uprave ne bi glasovali za sklapanje sporne transakcije da su imali potpunu spoznaju o rizicima koje ta transakcija dugoročno donosi društvu, tj. da su imali spoznaje koje je imao član uprave s osobnim interesom.⁵⁶ To je također potvrđeno u drugim presudama⁵⁷ te usvojeno u zakonodavnim aktima SAD-a.⁵⁸ Članovi uprave će se smatrati odgovornima samo ako su prešutjeli njima poznate činjenice i rizike, dok se neće smatrati odgovornima ako usprkos njihovu djelovanju u najboljem interesu društva, zbog nepredviđenih okolnosti, rezultat transakcije ispadne povoljniji za njih nego za samo društvo.⁵⁹

⁵³ 391 P.2d 979 (Wash. 1964).

⁵⁴ *MSC Venture Corp. v. Goei*, 2009 WL 1423567, (W.D.Wash., 2009.); *Save Columbia CU Committee v. Columbia Community Credit Union*, 139 P.3d 386, 394, 134 Wash.App. 175, 192, 2006.; *Nord v. Eastside Ass'n Ltd.*, 664 P.2d 4, 6, 34 Wash.App. 796, 799, 1983.; *Sons of Norway v. Boomer*, 519 P.2d 28, 32, 10 Wash.App. 618, 623, 1974.; *Williams v. Queen Fisheries, Inc.*, 469 P.2d 583, 586, 2 Wash.App. 691, 694, 1970.

⁵⁵ 121 N.E. 378 (N.Y. 1918.).

⁵⁶ *Ibid.*, str. 492.

⁵⁷ *Litwin v. Allen*, 25 N.Y.S.2d 667, 691, 1940.; *Bayer v. Beran*, 49 N.Y.S.2d 2, 6, 1944.; *Alpert v. 28 Williams Street Corp.*, 483 N.Y.S.2d 667, 674, 1984.

⁵⁸ Primjerice Fla. Stat. § 607.0832(1); N.J. Stat. Ann. § 14A:6-8(1)(b) & (c); N.Y. Bus. Corp. Law § 713(a)(1)(2); Ariz. Rev. Stat. Ann. § 10-860(4); Ark. Code Ann. § 4-27-831(A)(1), (2); Cal. Corp. Code § 310(a)(1), (2); Colo. Rev. Stat. § 7-108-501(2)(a), (b); Del. Code Ann. tit. 8, § 144(a)(1), (2) i dr. Više u: Brodsky, E.; Adamski, M. P., *Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties and Liabilities*, §3:10, Wilmette, Illinois, 2011. Vidi posebno Model Business Corporation Act, § 8.60 (4).

⁵⁹ Clark, *op. cit.* u bilj. 6, str. 172.

Potrebno je analizirati i posljedice povrede obveze člana uprave da otkrije postojanje osobnog interesa. Pravilo je da sama činjenica da član uprave nije otkrio osobni interes u transakciji društva čini cijelu transakciju društva *per se* ništavom, bez obzira na to je li ona štetna za društvo ili nije.⁶⁰ To je potvrđeno i sudskim odlukama.⁶¹

Međutim, američko pravo poznaje i iznimku od takva rješenja, dopuštajući društvima da u statutima mogu predvidjeti rješenje prema kojem će transakcija u kojoj član uprave ima osobni interes biti valjana ako je sklopljena pod poštenim uvjetima za društvo, bez obzira na to što član uprave nije društvu otkrio postojanje osobnog interesa.⁶²

Zemlje *civil law* kruga nemaju jedinstvena rješenja o obvezi člana uprave da otkrije postojanje osobnog interesa u transakciji društva. Primjerice, Italija⁶³ i Francuska⁶⁴ izričito predviđaju obvezu člana uprave da otkrije sukob interesa. Međutim, povreda te obveze imat će posljedice za člana uprave samo ako društvo pretrpi štetu zbog sporne transakcije. S druge strane, Njemačka, čiji model slijedi i Hrvatska, uopće ne predviđa mandatornu obvezu člana uprave da društvu otkrije postojanje sukoba interesa.⁶⁵

⁶⁰ Section 5.02, *American Law Institute-Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, iznimno predviđa da *self-dealing* transakcija ipak neće biti ništava ako član uprave otkrije sve relevantne činjenice vezane uz transakciju (*full disclosure*) i ako uvjeti transakcije budu poštjeni za društvo.

⁶¹ *Voss Oil Co. v. Voss*, 367 P.2d 977 (Wyo. 1962); *Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co.*, 391 P.2d 979 (Wash. 1964). Također vidi Eisenberg, A. M., *Self-interested transactions in corporate law*, *Journal of Corporation Law*, vol. 13, br. 4, 1988., str. 997 - 1009, str. 998.

⁶² Brodsky; Adamski, *op. cit.* u bilj. 58.

⁶³ Čl. 2391, Il Codice Civile Italiano. Više u: Enriques, *op. cit.* u bilj. 51, str. 33 - 45; Enriques, L., *Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan*, *European Business Organization Law Review*, vol. 3, br. 4, 2002., str. 765 - 821, str. 771.

⁶⁴ Čl. L.225-40 Code de Commerce. Više u: Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 291.

⁶⁵ Baums, T.; Scott, K. E., *Taking shareholder protection seriously? Corporate governance in the United States and Germany*, Institute for law and finance, Working paper series br. 16, 2005., http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_016.pdf, 15. siječnja 2012., str. 13; Conac, P.-H.; Enriques, L.; Gelter, M., *Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy*, *European Company and Financial Law Review*, vol. 4, br. 4, 2007., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532221, 15. siječnja 2012., str. 499 - 500; Baums, T., *Personal Liabilities of Company Directors in German Law*, Speech at the Stratford-upon-Avon Conference of the British-German Jurists' Association, April 21, 1996., publikationen.uni-frankfurt.de, 15. siječnja 2012., str. 8.

Njemački je zakonodavac 2002. godine usvojio *German Corporate Governance Act* (dalje u tekstu: GCGA).⁶⁶ GCGA predviđa obvezu člana uprave da bez odgađanja otkrije postojanje sukoba interesa s društvom, i to ostalim članovima uprave, ako ih društvo ima, i nadzornom odboru društva.⁶⁷ Međutim, GCGA zbog svoje pravne naravi ipak ne rješava pitanje otkrivanja sukoba interesa. Naime, po principu *comply or explain* ta se obveza može isključiti, a i ako se ne isključi, nema izravne sankcije za povredu ovakve obveze.⁶⁸ Također, kodeks se primjenjuje primarno na uvrštena društva, dok se za neuvrštena društva njegova primjena samo preporučuje.⁶⁹

Stoga se sprečavanje sukoba interesa smatra općom obvezom lojalnosti te dužnošću članova uprave da vode poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.⁷⁰ Takvo vođenje poslova društva podrazumijeva sprečavanje nastanka predvidljive štete za društvo kao što je svjesno ugovaranje posla u kojem član uprave ostvaruje korist na štetu društva. Dakle, odgovornost člana uprave može se uspostaviti samo ako je iz poslovne transakcije nastala šteta društvu, pod uvjetom da je nastala zato što član uprave nije primijenio dužnu pozornost. *Argumentum a contrario*, ako bi transakcija bila sklopljena pod poštenim uvjetima za društvo, članovi uprave ne bi odgovarali društvu za štetu samo na temelju činjenice što nisu učinili poznatim postojanje osobnog interesa u transakciji društva. Takvo se rješenje bitno razlikuje od opisanog američkog prava.

Hopt kao primjer navodi njemački slučaj *Poullain* (Bundesgerichtshof, 28. 3. 1983., II ZR 111/82)⁷¹ u kojem je član uprave banke primio znatna sredstva za neodređene usluge savjetovanja od osobe koja je ujedno bila klijent banke, a kojoj je nakon sporne transakcije produžen bankovni kredit u velikim iznosima. Međutim, sporna transakcija otkrila se tek kada dužnik više nije mogao vraćati kredite. S obzirom na to da zakonske obveze otkrivanja osobnog interesa u transakciji društva nema, ta se transakcija ne bi ni otkrila da je dužnik nastavio plaćati, tj. da društvu nije nastala šteta. Baums stoga opravdano zaključuje da je sprečavanje sukoba interesa između članova uprave i društva u Njemačkoj manje razvijeno no u američkom pravu.⁷²

⁶⁶ Engleski prijevod dostupan na: <http://www.corporate-governance-code.de/eng/kodex/index.html>, 1. veljače 2012.

⁶⁷ 4.3.4. CGCA.

⁶⁸ Baums; Scott, *op. cit.* u bilj. 65, str. 13.

⁶⁹ 1. Foreword, CGCA. § 161 AktG-a.

⁷⁰ § 93 AktG-a.

⁷¹ Hopt, *op.cit.* u bilj. 18, str. 314.

⁷² Baums; Scott, *op. cit.* u bilj. 65, str. 11.

Izostanak obveze da se učini poznatim postojanje sukoba interesa zaslužuje kritiku. Iako takvo rješenje proizlazi iz činjenice da *self-dealing* transakcije, osim određenih iznimki, nisu zabranjene, dolazi se do krajnje upitnog zaključka da je prema njemačkom i hrvatskom pravu odluka o korisnosti ili štetnosti *self-dealing* transakcija prepuštena upravo onim članovima uprave koji se nalaze u sukobu interesa s društvom. Naime, ne može se ni raspravljati o tome tko bi u ime društva trebao odobriti takvu transakciju ako društvo nema spoznaju da ona postoji. Stoga se može zaključiti da je društvu najbolja obrana protiv štetnih *self-dealing* transakcija odabir poštenih članova uprave, jer se nakon odabira članova uprave, u okviru redovita vođenja poslova društva, rizik *self-dealing* transakcija u potpunosti prevladuje na društvo koje nije ni svjesno rizika, a istodobno je lišeno svojeg najboljeg štita: objektivnosti onoga koji zastupa njegove interese!

4. POLOŽAJ EUROPSKOG ZAKONODAVACA PREMA *SELF-DEALING* TRANSAKCIJAMA U OKVIRU TRGOVAČKIH DRUŠTAVA

Europskom sudu (European Court of Justice) 1997. godine, u slučaju *Coöperatieve Rabobank "Vecht en Plassengebied" BA v. Erik Aarnoud Minderhoud*⁷³, postavljeno je pitanje može li se trgovačko društvo protiv treće strane pozivati na Smjernicu 68/151/EEC⁷⁴ (dalje u tekstu: Prva smjernica) kako bi utvrdilo da nije obvezano ugovorom sklopljenim između društva i treće osobe, temeljeći svoj zahtjev na argumentu da član uprave nije imao ovlaštenje sklopiti ugovor s trećom stranom, i to iz razloga što je u dotičnoj transakciji postojao sukob

⁷³ Case C-104/96, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 16 December 1997. (Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands - Company law - First Directive 68/151/EEC - Scope - Representation of a company - Conflict of interests - Lack of authority of a director to enter into a binding transaction on behalf of the company), European Court reports, 1997., str. I-07211, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0104:EN:HTML>, 1. veljače 2012.

⁷⁴ First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, OJ L 65, 14. ožujka 1968., str. 8 - 12.

interesa člana uprave s društvom.⁷⁵ Europski sud u davanju odgovora krenuo je od doslovnog tumačenja čl. 9. st. 1. Prve smjernice u kojemu se ne spominje niti se obrađuje pitanje sukoba interesa članova uprave s društvom, slijedom čega Europski sud zaključuje da je to pitanje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima država članica.⁷⁶ Dakle, Europski sud je 1997. godine potvrdio da na razini europskog zakonodavstva nema zajedničkog rješenja o postupanju društva u slučaju sukoba interesa člana uprave s društvom.

Međutim, već u vrijeme donošenja ove presude postojao je prijedlog za Petu smjernicu⁷⁷, koja je prva i jedina u europskom zakonodavstvu izravno dotaknula pitanje sukoba interesa članova uprave i nadzornog odbora s društvom. Pri tome je njezina primjena bila predviđena isključivo na dionička društva.⁷⁸ Prijedlog je dopunjen u dva navrata.⁷⁹ No, Peta smjernica *nikada nije usvojena* te je konačno povučena iz procedure 9. siječnja 2004. godine.⁸⁰ Glavni razlog neuspjehu tog prijedloga su nepomirljivi stavovi država članica u vezi s rješenjima koja je prijedlog sadržavao o sudjelovanju radnika u vođenju poslova društva.⁸¹ Šteta

⁷⁵ Case C-104/96, *op. cit.* u bilj. 73, par. 15 (1). Drugo pitanje bilo je ovisi li pozitivan odgovor Suda o činjenici da je treća osoba znala ili je razumno pretpostaviti da je znala o postojanju sukoba interesa člana uprave s društvom u vrijeme poduzimanja sporne transakcije (par. 15 (2)). Treće pitanje također se odnosilo na stupanj znanja treće osobe o postojanju sukoba interesa člana uprave s društvom, a pitalo se traži li se da je sukob interesa bio do te mjere očit da nije mogao ostati nepoznat svim trećim osobama (par. 22).

⁷⁶ Case C-104/96, *op. cit.* u bilj. 73, par. 22.

⁷⁷ Proposal For A Fifth Directive On The Coordination Of Safeguards Which For The Protection Of The Interests Of Members And Outsiders, Are Required By Member States Of Companies Within The Meaning Of Article 59, Second Paragraph, With Respect To Company Structure And To The Power And Responsibilities Of Company Boards, COM/72/887FINAL, OJ C 131, 13. prosinca 1972., str. 49.

⁷⁸ Čl. 1. Pete smjernice.

⁷⁹ Amended Proposal For A Fifth Directive Founded On Article 54 (3) (G) Of The Treaty Concerning The Structure Of Public Limited Companies And The Powers And Obligations Of Their Organs, COM/83/185FINAL, OJ C 240, 9. rujna 1983., str. 2.; Third amendment to the proposal for a fifth Council directive based on article 54 of the ESC treaty concerning the structure of public limited companies and the powers and obligations of their organs (presented by the Commission pursuant to Article 149(3) of the EEC-Treaty), COM/1991/0372 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51991PC0372:EN:NOT>, 1. veljače 2012.

⁸⁰ Withdrawal of obsolete Commission proposals, OJ C 5, 9. siječnja 2004., str. 2 - 33.

⁸¹ Bartman, S. M., *European company law in accelerated progress*, Alphen aan den Rijn, 2006., str. 88.

je da je zbog tih razloga napušteno i rješenje koje je prvi put na razini EU-a izravno rješavalo pitanje sukoba interesa članova uprave i nadzornog odbora s društvom.

Čl. 10. st. 1. Pete smjernice predviđao je da je za svaku transakciju društva u kojoj član uprave ima osobni interes potrebno odobrenje nadzornog odbora. Pri tome član uprave nije smio sudjelovati u odlučivanju nadzornog odbora.⁸²

U Petoj je smjernici bila predviđena i obvezna *ex ante* objava postojanja sukoba interesa člana uprave s interesima društva.⁸³ Član uprave prema ovome je rješenju dužan otkriti osobni interes u transakciji društva i ostalim članovima uprave, ako ih ima, i nadzornom odboru. Isto rješenje primjenjivalo bi se i na članove nadzornog odbora. Peta smjernica čak je izričito predviđala da se barem jednom svake godine mora izvijestiti glavnu skupštinu o svim danim odobrenjima za *self-dealing* transakcije članova uprave.⁸⁴

Interes člana uprave mogao je biti i posredan. Explanatory Memorandum Pete smjernice kao primjer postojanja posrednog interesa navodi sklapanje ugovora između dvaju društava, pri čemu se u prvome ista osoba pojavljuje kao član uprave, a u drugome kao dioničar ili kao član nadzornog odbora. U francuskom slučaju⁸⁵ sud je zaključio da posredan interes člana uprave postoji kada je društvo prodalo zemljište supruzi dotičnog člana uprave, unatoč činjenici da su sklopili ugovor o odvajanju zajedničke imovine te je vlasnica kupljenog zemljišta bila isključivo supruga, ne i član uprave. Ipak, činjenica da su se zajedno koristili zemljištem bila je dovoljna da sud nađe postojanje posrednog interesa. Posljedica je bila da je član uprave prekršio obvezu prema društvu da otkrije postojanje interesa ostalim članovima uprave koji su trebali odlučiti o odobravanju sporne transakcije. Prema trećima, francusko pravo predviđa da se neodobrena *self-dealing* transakcija može poništiti ako je njome društvu nanesena šteta.⁸⁶

⁸² Isto vrijedi i za člana nadzornog odbora koji otkrije postojanje sukoba interesa. Razlog što u tom slučaju o odobrenju transakcije ne odlučuje uprava, već i dalje nadzorni odbor, tj. preostali članovi nadzornog odbora, jest to što uprava nikada nije dovoljno nezavisna u odnosu na nadzorni odbor, posebice s obzirom na činjenicu da je nadzorni odbor taj koji bira i opoziva članove uprave.

⁸³ Čl. 10. st. 2. Pete smjernice.

⁸⁴ Čl. 10. st. 3. Pete smjernice.

⁸⁵ Cass. Com. 23 January 1968., Bull. Cass. IV. 28.

⁸⁶ Art. 105 Loi n 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Enriques navodi da je francusko pravo prije 1966. predviđalo da je svaka neodobrena *self-dealing* transak-

Ako nadzorni odbor ne bi odobrio, članu uprave, tj. društvu nije bilo dopušteno poduzeti spornu transakciju. A u slučaju da član uprave nije otkrio postojanje sukoba interesa, tada bi društvu odgovarao za štetu te bi se pojavilo i pitanje valjanosti sklopljenog ugovora. Čl. 10. st. 4. Pete smjernice predviđao je da se treće osobe nisu mogle pozivati na očuvanje ugovora ako nisu postupale u dobroj vjeri, tj. ako društvo dokaže da je treća strana znala za izostanak potrebne autorizacije nadzornog odbora ili ako je znala za nedostatak u donošenju odluke o odobrenju poslovne transakcije ili ako prema okolnostima slučaja nije mogla ne znati.

Međutim, prijedlog Pete smjernice nije usvojen niti je zabilježen novi pokušaj izričite regulacije sukoba interesa člana uprave s društvom. Bartman opravdano zaključuje da ovakvo stajalište europskog zakonodavca iznenađuje⁸⁷, posebice zato što europska društva često imaju većinske imatelje dionica, koji su ujedno i članovi uprave društava, što otvara pitanje položaja drugih dioničara i efikasnost u sprečavanju štetnih transakcija većinskih dioničara/članova uprave. Iako postoje brojne kritike stvarne učinkovitosti odobrenja *self-dealing* transakcija od strane ostalih članova uprave ili nadzornog odbora, ne može se oteti dojmu da obvezno otkrivanje interesa i proces odobrenja ipak doprinose transparentnosti i zaštiti dioničara jednog društva.

5. POLOŽAJ HRVATSKOG ZAKONODAVCA PREMA *SELF-DEALING* TRANSAKCIJAMA ČLANOVA UPRAVE DIONIČKIH DRUŠTAVA

Položaj hrvatskog zakonodavca analizirat će se prema preventivnim mjerama kako su opisane, pri čemu će se ispitati jesu li usvojene u RH i u kojem opsegu. Što se tiče odgovornosti člana uprave prema društvu za poduzimanje *self-dealing* transakcija, potrebno je naglasiti da hrvatski zakonodavac traži da je *self-dealing* transakcijom člana uprave društvu nastala šteta, kao uvjet uspostavljanja odgovornosti za naknadu štete.

cija člana uprave ništava, bez obzira na to je li zbog nje društvo pretrpjelo štetu ili nije. Više o tome u: Enriques, *op. cit.* u bilj. 8, str. 319. Više o problematici posrednog interesa člana uprave u: Hopt, *op. cit.* u bilj. 18, str. 314.

⁸⁷ Bartman, *op. cit.* u bilj. 81, str. 88.

a) Sklapanje ugovora sa samim sobom članova uprave dioničkog društva

U okviru glave IV ZTD-a, u kojoj se obrađuje dioničko društvo, nema izričite odredbe kojom se regulira sklapanje ugovora sa samim sobom članova uprave dioničkog društva. To je pitanje riješeno u okviru općih odredbi o zakonskim zastupnicima za sve vrste društava i prokuristima društava, što se odnosi i na upravu kao zakonskog zastupnika dioničkog društva.⁸⁸ Tako ZTD u čl. 41. st. 3. predviđa da se na zakonske zastupnike odnosi ograničenje koje se odnosi na prokuriste u čl. 49. ZTD-a. Potonji članak izričito regulira sklapanje ugovora sa samim sobom.

Kao prvo, ZTD određuje kada će se smatrati da je riječ o sklapanju ugovora sa samim sobom.⁸⁹ Jedna ugovorna strana uvijek je društvo, koje zastupa član uprave. S druge strane taj se isti član uprave može pojaviti u četirima situacijama u odnosu na društvo. Prva je kada se član uprave javlja kao druga ugovorna strana koja djeluje u svoje ime i za svoj račun.⁹⁰ To je ujedno i najjednostavniji i najtipičniji oblik sklapanja ugovora sa samim sobom. Primjer za to bio bi kada društvo prodaje svoju nekretninu, pri čemu je član uprave kupac, a istodobno zastupa društvo kao prodavatelja. Druga situacija dovazuje se na prvu, u okviru čega zakonodavac strože regulira i prepoznaje specifičan slučaj sklapanja ugovora sa samim sobom, a to je kada je član uprave ujedno i dioničar društva, i to jedini dioničar društva ili ako uz njega dionice još drži i društvo.⁹¹ Do sklapanja ugovora sa samim sobom dolazi kada član uprave - dioničar sklapa ugovor s društvom. Treća je kada član uprave nastupa s druge strane kao komisionar, pri čemu sklapa ugovor u svoje ime, a za račun drugih osoba.⁹² Četvrta situacija predviđena zakonom jest kada član uprave nastupa kao zastupnik obiju ugovornih strana, tj. društva i treće osobe s kojom društvo sklapa ugovor.⁹³

Osnovno je pravilo da je sklapanje ugovora sa samim sobom člana uprave zabranjeno. Međutim, ta zabrana nije apsolutna, te čl. 49. ZTD-a predviđa da će i takvi ugovori biti valjani uz uvjet da je zastupnik dobio posebnu ovlast,

⁸⁸ Čl. 241. st. 1. ZTD-a.

⁸⁹ Čl. 49. ZTD-a.

⁹⁰ Čl. 49. ZTD-a.

⁹¹ Čl. 241. st. 5. ZTD-a.

⁹² Čl. 49. ZTD-a.

⁹³ Čl. 49. ZTD-a.

tj. odobrenje od društva da može sklopiti dotični pravni posao.⁹⁴ U slučaju iz čl. 241. st. 5. ZTD-a zakonodavac je uveo strože rješenje, kojim predviđa da osim potrebne suglasnosti društva član uprave - dioničar kada sklapa ugovor s društvom mora o tome sastaviti ispravu, tj. pravni posao mora biti sklopljen u pisanom obliku.

Postavlja se pitanje tko ima ovlast dati odobrenje u ime društva.

U pronalaženju odgovora potrebno je ispitati samu odredbu o sklapanju govora sa samim sobom (čl. 49. ZTD-a). U njoj se ne određuje koji organ društva daje suglasnost za sklapanje takvih ugovora. Unutar odredbi o dioničkim društvima također nema izričita odgovora. S jedne strane imamo čl. 268. ZTD-a⁹⁵, po kojemu nadzorni odbor zastupa društvo prema članovima uprave, te čl. 263. ZTD-a, prema kojemu se statutom ili odlukom nadzornog odbora može odrediti da je potrebna suglasnost nadzornog odbora za određene vrste poslova, a s druge imamo čl. 275. st. 2. ZTD-a, prema kojemu glavna skupština također može odlučivati o pitanjima vođenja poslova društva, pod uvjetom da to od nje zatraži uprava. Štoviše, čl. 263. ZTD-a pruža dodatnu mogućnost da čak i kada se statutom odredi da je prethodno potrebno dobiti suglasnost nadzornog odbora, ako se ona ne dobije, član uprave može kao zamjenu zatražiti suglasnost glavne skupštine. Slijedom rečenoga, može se zaključiti da kod sklapanja ugovora sa samim sobom člana uprave zakonom nije određeno koji organ društva daje suglasnost. Stoga se statutom može predvidjeti da to bude nadzorni odbor ili glavna skupština. Nadalje, ako se odredi da to bude nadzorni odbor, u slučaju negativnog odgovora, član uprave uvijek se može obratiti i glavnoj skupštini te od nje zatražiti suglasnost. U svakom slučaju, ako ništa nije predviđeno statutom ni odlukom nadzornog odbora, član uprave slobodno bira od kojeg će organa zatražiti suglasnost.

Nadalje je potrebno ispitati posljedice u slučaju kada član uprave sklopi ugovor sa samim sobom bez odobrenja društva. U tom slučaju riječ je o prekoračenju ovlaštenja zastupanja koje je predviđeno samim zakonom, pri čemu nemamo slučaj da se treća osoba može pozivati da nije znala za ograničenje zastupanja jer je kod sklapanja ugovora sa samim sobom uvijek riječ o istoj

⁹⁴ Vrijedi i za članove nadzornog odbora (čl. 270. ZTD-a).

⁹⁵ Isto rješenje usvaja i njemački AktG, § 112. Treba naglasiti da se ova zakonska rješenja odnose samo na situaciju kada nadzorni odbor zastupa društvo prema upravi, ne i prema trećima. Više o tome u: Habersack, M., *Aufsichtsrat*, u: Goette, W.; Habersack, M.; Kalss, S. (ur.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 2 §§ 76 - 117*, München, 2008., § 112 RdNr 1-47.

osobi, tj. članu uprave koji se pojavljuje na objema stranama transakcije. Tako čl. 311. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO⁹⁶) predviđa da zastupani neće biti u obvezi prema trećoj strani ako zastupnik prekorači granice ovlaštenja. Drugim riječima, smatrat će se kao da ugovor nije sklopljen između zastupanog, tj. društva i treće osobe.⁹⁷ Nadalje, sklapanje ugovora sa samim sobom bez dobivenog odobrenja može se smatrati i važnim razlogom na strani člana uprave da ga se opozove.

Pri tome je važno naglasiti da je položaj člana uprave u odnosu na društvo, tj. na zahtjeve za štetu prema članu uprave ako je sklopljena transakcija štetna za društvo, drukčiji ovisno o tome je li suglasnost dobivena od nadzornog odbora ili glavne skupštine. Čl. 252. st. 4. ZTD-a predviđa da ne postoji obveza naknade štete prema društvu ako se radnja članova uprave temelji na odluci glavne skupštine. S druge strane, odobrenje od nadzornog odbora ne isključuje obvezu naknade štete prema društvu. Time je članovima uprave puno zanimljivije dobiti odobrenje od glavne skupštine. Potrebno je naglasiti da ni odobrenje od glavne skupštine ni od nadzornog odbora ne oslobađa članove uprave od supsidijarne odgovornosti za obveze društva prema vjerovnicima društva.⁹⁸

b) Apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva u RH

U RH *nije* usvojena apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva, što jasno proizlazi iz čl. 49. ZTD-a, prema kojemu članovi uprave mogu sklapati ugovore sami sa sobom pod uvjetom da imaju odobrenje društva (vidi *supra*).

c) Selektivna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave dioničkog društva u RH

Kao što je već prikazano, hrvatsko zakonodavstvo slijedi rješenja prihvaćena u komparativnim pravima, posebice njemačko pravo. Tako je po uzoru na nje-

⁹⁶ Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011.

⁹⁷ ZOO ovakvo rješenje predviđa izričito u čl. 275. st. 4.

⁹⁸ Čl. 252. st. 5. ZTD-a. Više o supsidijarnoj odgovornosti članova uprave dioničkog društva vidi u: Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 813 - 832.

mačko, prihvaćeno rješenje da društvo smije članovima uprave dioničkog društva i članovima njihovih užih obitelji odobravati kredit iz sredstava društva samo na temelju suglasnosti nadzornog odbora.⁹⁹ Drugim riječima, članovi uprave ne mogu sami sebi odobravati kredit iz sredstava društva jer je takva situacija prepoznata kao čisti sukob interesa.¹⁰⁰

Također, traži se da se suglasnost dâ u obliku formalne odluke, čiji je minimalni sadržaj unaprijed određen zakonom. Tako je predviđeno da se odluka može odnositi samo na određene ugovore o kreditu ili vrste kredita, a u odluci se moraju odrediti kamate i otplata kredita.¹⁰¹ Odluka nadzornog odbora preduvjet je za sklapanje ugovora o kreditu s članom uprave, a ZTD predviđa da dano odobrenje vrijedi tri mjeseca od donošenja, tj. ugovor o kreditu mora se sklopiti najkasnije tri mjeseca od dana donošenja odluke.¹⁰² Sankcija za davanje kredita bez odobrenja nadzornog odbora ili drugih odredaba o davanju kredita jest da član uprave ili članovi njihovih užih obitelji moraju odmah vratiti iznos dobivenog kredita.¹⁰³ Tu će zapravo biti riječ o ništetnosti ugovora o kreditu.¹⁰⁴

Davanje kredita članovima uprave strože je regulirano od općenitije odredbe čl. 49. ZTD-a o sklapanju ugovora sa samim sobom jer je izričito predviđeno koji organ daje suglasnost, pri čemu suglasnost mora biti dana u obliku formalnopravne odluke, te sankciju ako odredbe o davanju kredita nisu poštovane.

Drugi primjer selektivne zabrane je zabrana članovima uprave dioničkog društva da, nakon što su imenovani u položaj člana uprave, sami sebi određuju naknadu koju će primati.¹⁰⁵ ZTD predviđa da je nadzorni odbor taj koji će odlučivati o visini primanja članova uprave.¹⁰⁶ U primanja članove uprave ulazi plaća, sudjelovanje u dobiti, nadoknada izdataka, plaćanje premije osiguranja,

⁹⁹ Čl. 249. ZTD-a. Treba napomenuti da će u tom slučaju društvo zastupati nadzorni odbor, što znači da će ugovor o kreditu s članom uprave sklopiti nadzorni odbor u ime društva. Tako i Spindler, *op. cit.* u bilj. 35, § 89 RdNr 50.

¹⁰⁰ Također, s davanjem kredita zakon izjednačuje i druge pravne radnje koje se u gospodarskom smislu mogu izjednačiti s davanjem kredita (čl. 249. st. 1. ZTD-a). Barbić navodi da bi odobravanje kredita i s njima izjednačene pravne radnje mogle predstavljati izigravanje pravila o primanjima članova uprave. Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 706.

¹⁰¹ Čl. 249. st. 1. ZTD-a. Tako i Spindler, *op. cit.* u bilj. 35, § 89 RdNr 10.

¹⁰² Čl. 249. st. 1. ZTD-a.

¹⁰³ Čl. 249. st. 3. ZTD-a.

¹⁰⁴ Tako i Spindler, *op. cit.* u bilj. 35, § 89 RdNr 10.

¹⁰⁵ Čl. 247. ZTD-a. Više o tome u: Jurić, D., *op. cit.* u bilj. 41, str. 115 - 157; Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 704 - 705.

¹⁰⁶ Čl. 247. st. 1. ZTD-a.

provizija i sva ostala davanja. Pri određivanju visine naknade nadzorni odbor dužan je voditi računa o tome da ukupni iznos primanja bude u primjerenom odnosu posla koji obavlja član uprave i stanja društva.¹⁰⁷ Iako postoje još neka pravila o primanju naknade članova uprave, naglasak na ovoj selektivnoj zabrani u ovome članku je dan zato što članovi uprave ne mogu svojom odlukom mijenjati svoja primanja, već je to, zbog sukoba interesa, dano u nadležnost nadzornog odbora.

d) Zabrana konkurencije s interesima dioničkog društva kao uvjet za odabir člana uprave

Zabrana konkurencije članova uprave dioničkog društva uređena je čl. 248. ZTD-a. Zabrana konkurencije nije apsolutna s gledišta društva jer nadzorni odbor može osloboditi člana uprave tih ograničenja ako mu da svoju suglasnost. ZTD izričito predviđa da tu suglasnost daje nadzorni odbor, a ne glavna skupština. S obzirom na to da je samim zakonom propisano da je davanje suglasnosti u nadležnosti nadzornog odbora, ne bi dolazila u obzir primjena čl. 263. st. 5. Drugim riječima, član uprave ne bi mogao tražiti suglasnost od glavne skupštine u slučaju kad bi mu nadzorni odbor odbio dati takvu suglasnost. Takva bi mu mogućnost bila dana u slučaju da je uvjet dobivanja suglasnosti od nadzornog odbora postavljen statutom ili odlukom nadzornog odbora. S obzirom na to da je tu riječ o zakonom predviđenom uvjetu, odluka nadzornog odbora o (ne)davanju suglasnosti je konačna.

Zabrana konkurencije podrazumijeva da član uprave ne može bez suglasnosti nadzornog odbora za svoj ni za tuđi račun obavljati poslove koji ulaze u predmet poslovanja društva, ne može biti član uprave ni nadzornog odbora u drugome društvu koje se bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva, a ne može ni u prostorijama društva obavljati poslove za svoj ni za tuđi račun. Također, ne može biti ni član trgovačkoga društva koji osobno odgovara za obveze toga društva, isto pod uvjetom da se i to društvo bavi poslovima iz predmeta poslovanja prvoga društva.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Čl. 247. st. 1. ZTD-a. St. 3. istoga članka govori i o mogućnosti da se primanja članovima uprave smanje ako se znatno pogoršaju prilike u društvu.

¹⁰⁸ Čl. 248. st. 1. ZTD-a. Više o tomu u: Jurić, *op. cit.* u bilj. 15, str. 556 - 561.

Pri analizi posljedica kada član povrijedi zabranu konkurencije s interesima društva potrebno je razlikovati slučajeve kada se član uprave nalazi u konkurenciji pri samom odabiru/imenovanju člana uprave dioničkog društva te situaciju kada do povrede dođe nakon što je već postavljen za člana uprave.

Kandidat je svakako obavezan otkriti da se nalazi u konkurenciji s interesima društva prije njegova odabira, što proizlazi iz njegove dužnosti da postupi u skladu s interesima društva. Kao što je već rečeno, društvo ima pravo na člana uprave koji djeluje isključivo u njegovu interesu, za što ga i plaća.

U slučaju da prilikom imenovanja član uprave otkrije činjenicu da je već primjerice član uprave u drugom društvu iz istog predmeta poslovanja, a nadzorni odbor ga sveisto imenuje, to nema značaj prešutne suglasnosti za obavljanje poslova iz konkurencije.¹⁰⁹ Dakle, ako član uprave dioničkog društva želi i dalje obnašati funkciju člana uprave drugog trgovačkog društva, obavezan je dobiti posebnu suglasnost nadzornog odbora jer prešutna suglasnost nije dovoljna.¹¹⁰

Neotkrivanje takve činjenice, međutim, ne bi dovodilo do ništetnosti samog imenovanja. No, u tom bi slučaju član uprave morao dobiti suglasnost da bi mogao nastaviti obavljati funkciju člana uprave. S druge strane, činjenicu da član uprave nije otkrio da se nalazi u konkurenciji s interesima društva nadzorni odbor može smatrati i grubom povredom dužnosti te osnovom za odgovornost za štetu ako je time za društvo nastala šteta¹¹¹, kao i osnovom za opoziv imenovanja.¹¹² Članstvo u više uprava bi, primjerice, osobito bilo osnovom za opoziv imenovanja ako bi zbog sukoba interesa član uprave izgubio pravo glasa ili bi mu u konkretnom poslu bilo oduzeto pravo da zastupa jedno od društava. To proizlazi iz čl. 244. st. 2. ZTD-a prema kojem se važnim razlogom za opoziv smatra i nesposobnost za uredno obavljanje poslova društva, u što svakako ulazi činjenica da se član uprave mora suzdržati od svojih dužnosti jer se nalazi

¹⁰⁹ Gorenc, V.; Slakoper, Z.; Filipović, V.; Brkanić, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 2004., str. 331. Autori naglašavaju da se takvo rješenje razlikuje od situacije kod javnog trgovačkog društva, pri čemu ZTD u čl. 76. st. 2. uređuje da se smatra da je dan prešutan pristanak za sudjelovanje u nekom drugom društvu ako je ostalim članovima pri stupanju tog člana u društvo bilo poznato njegovo članstvo/obnašanje dužnosti u drugom društvu, a oni su mu sveisto dopustili ulazak u društvo.

¹¹⁰ Tako i u Habersack, M., *op. cit.* u bilj. 95, § 112 RdNr 36.

¹¹¹ Čl. 248. st. 2. ZTD-a. Osim zahtjeva za naknadu štete, društvo od člana uprave može tražiti i da mu se ustupi korist dobivena iz takvih poslova te može postavljati druge zahtjeve predviđene u navedenom članku. Također, primjenjuje se i čl. 252. st. 4. ZTD-a.

¹¹² § 84 (3) AktG-a, čl. 244. st. 2. ZTD-a.

u sukobu interesa s društvom. Najčešće se članovi uprave kažnjavaju time što ih se ne bira ponovno u funkciju člana uprave ili, u ozbiljnijim slučajevima, nadzorni odbor daje im otkaz zbog bitne povrede dužnosti.¹¹³ U to se svakako može podvesti i poduzimanje *self-dealing* transakcije člana uprave.

Kada do povrede zabrane konkurencije dođe kada je već član uprave imenovan, ZTD izričito određuje da će u tom slučaju član uprave biti dužan nadoknaditi time pričinjenu štetu društvu, naravno, pod uvjetom da to od njega društvo zatraži.¹¹⁴ Umjesto naknade štete društvo također može tražiti od člana uprave da mu prenese sve što je dobio na temelju takvog posla, tj. da dopusti društvu da se sporni poslovi smatraju sklopljenima u ime društva ili da mu ustupi tražbine koje na temelju tih poslova ima prema trećima.¹¹⁵ Za postavljanje ovih zahtjeva postavljen je objektivni zastarni rok od pet godina te subjektivni od tri mjeseca od saznanja za povredu.¹¹⁶ Također, društvo se može i odreći svojeg zahtjeva za naknadu štete prema članu uprave ili sklopiti nagodbu, no zbog zaštite trećih osoba i dioničara, osobito manjinskih dioničara, to se može napraviti jedino nakon tri godine uz ispunjanje dodatnih uvjeta.¹¹⁷

e) Obveza člana uprave dioničkog društva da društvu otkrije postojanje osobnog interesa u poslovnoj transakciji društva (*disclosure*) u RH

Kod obveze otkrivanja postojanja sukoba interesa valja razlikovati rješenja kod različitih tipova *self-dealing* transakcija. Hrvatski je zakonodavac predvidio obvezu otkrivanja osobnog interesa kada je riječ o sklapanju ugovora člana uprave sa samim sobom, o davanju kredita članovima uprave i s njima povezanim osobama te određivanju primanja članovima uprave, što proizlazi iz zakonskih odredbi da je za poduzimanje tih pravnih poslova potrebna suglasnost nadzor-

¹¹³ Baums; Scott, *op. cit.* u bilj. 65, str. 16.

¹¹⁴ Čl. 248. st. 2. ZTD-a. Pri tome je društvo to koje je aktivno legitimirano podnijeti ovakav zahtjev prema članu uprave. Više o tomu u Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 709.

¹¹⁵ Čl. 248. st. 2. ZTD-a.

¹¹⁶ Čl. 248. st. 3. ZTD-a.

¹¹⁷ Čl. 252. st. 4. ZTD-a. Ti dodatni uvjeti su da se s odricanjem prava ili nagodbom suglasi glavna skupština i ako tome ne prigovori manjina koja raspolaže dionicama koje predstavljaju najmanje desetinu temeljnog kapitala društva i prigovor se ne unese u zapisnik sa skupštine.

nog odbora.¹¹⁸ Da bi nadzorni odbor mogao dati suglasnost, član uprave je prije svega dužan otkriti svoj interes te zatražiti suglasnost za poduzimanje pravnih poslova. Kao što je već prije rečeno, ako bi član uprave poduzeo neki od ovih pravnih poslova bez dobivene suglasnosti nadzornog odbora, takav bi ugovor bio ništetan, a član uprave bio bi i u obvezi naknade štete društvu.

Međutim, osim ovih pravnih poslova, kako njemački, tako i hrvatski zakonodavac *nije* predvidio mandatornu obvezu člana uprave dioničkog društva da otkrije postojanje svojeg interesa u transakciji društva. I u hrvatskome se pravu, dakle, obveza otkrivanja postojanja svojeg interesa može svesti jedino pod opću obvezu lojalnosti članova uprave prema društvu te obvezu članova uprave iz čl. 252. st. 1. ZTD-a da vode poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.

Hrvatski Kodeks korporativnog upravljanja (dalje u tekstu: Kodeks), donesen u suradnji Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga i Zagrebačke burze d. d., namijenjen je izdavateljima čije su dionice uvrštene na burzu, dok se društvima koja se ne listaju njegova primjena samo preporučuje.¹¹⁹ Kao i njemački, hrvatski kodeks sadržava odredbu o obveznom otkrivanju postojanja interesa članova uprave.¹²⁰ Međutim, kao što je rečeno, primjena Kodeksa namijenjena je uvrštenim društvima, dok se drugima samo preporučuje, čime nikako nije ispunjena praznina u zakonu koji uopće ne predviđa takvu obvezu članova uprave. Također, Kodeks nije razradio postupak koji bi uslijedio nakon otkrivanja sukoba interesa.¹²¹

Dakle, zaključak je da u hrvatskome pravu nema zakonske obveze članova uprave dioničkog društva da otkriju društvu postojanje osobnog interesa u transakciji društva, osim opće obveze da vode društvo s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. A u slučaju i da otkriju postojanje sukoba interesa, nije jasno koji bi organ društva trebao dati odobrenje, odnosno je li uopće potrebno da se dobije odobrenje za poduzimanje *self-dealing* transakcije člana uprave.

¹¹⁸ Čl. 49., čl. 247. st. 1. i čl. 249. ZTD-a.

¹¹⁹ Dio Peti Kodeksa za korporativno upravljanje: <http://www.zse.hr/UserDocsImages/legal/13.Kodeks%20korporativnog%20upravljanja2010-prijelom.pdf>, 2. veljače 2012.

¹²⁰ Vidi 6.6. Kodeksa. Također se predviđa obveza uprave da o svim takvim obavijestima vodi evidenciju.

¹²¹ Nije jasno odlučuje li u tom slučaju nadzorni odbor o tome hoće li sklopiti određenu transakciju ili se to i dalje prepušta upravi, bilo pod uvjetom da se član koji ima osobni interes izuzme od odlučivanja ili ne.

6. MOGUĆA RJEŠENJA ZA SPREČAVANJE I KONTROLU SELF-DEALING TRANSAKCIJA ČLANOVA UPRAVE DIONIČKOG DRUŠTVA

S obzirom na izložena zakonodavna rješenja, u članku će se obraditi dva moguća načina kojima društva mogu pojačati kontrolu i spriječiti štetne *self-dealing* transakcije članova uprave. To su dodatne obveze članovima uprave koje dioničko društvo može predvidjeti u svojem statutu te opredjeljenje za upravljanje s više članova koja skupno vodi poslove društva.

a) Statut društva u funkciji nametanja dodatnih obveza članovima uprave dioničkog društva

Statut je temeljni akt društva, pri čemu Barbić razlaže da se statut sastoji od materijalnih odredbi te onih koje su samo formalno dio statuta.¹²² Važnost materijalnopravnih odredbi jest da uređuju odnos između društva i osnivača te kasnije i svih dioničara, u što se ubrajaju i obvezni sastojci koje svaki statut dioničkog društva mora imati.¹²³ Osim obveznih sastojaka, ZTD izričito predviđa da statut može sadržavati i odredbe koje odstupaju od ZTD-a, pod uvjetom da je to u zakonu izričito dopušteno¹²⁴, ili može sadržavati fakultativne odredbe kojima se uređuju i druga pitanja u društvu.¹²⁵

U okviru ovoga članka pitanje koje se postavlja jest može li se u statutu dioničkih društava nametnuti obveza članovima uprave da uvijek otkriju postojanje osobnog interesa u transakciji društva. Također, može li se u statutu predvidjeti postupak odobrenja takvih transakcija od strane ostalih članova uprave dioničkog društva ili nadzornog odbora kao uvjet za valjanost takvih transakcija?

Odgovor na ta pitanja nalazimo u okviru odredbi ZTD-a kojima se regulira položaj članova uprave dioničkog društva kao zastupnika društva. Tako čl.

¹²² Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 142 - 143.

¹²³ Čl. 173. ZTD-a.

¹²⁴ Čl. 173. st. 4. ZTD-a.

¹²⁵ Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 144. Treba naglasiti da se pri izradi statuta mora paziti da su sve odredbe u skladu sa ZTD-om jer će u suprotnom takve odredbe biti ništetne te će se primjenjivati rješenja predviđena zakonom. Vidi Gorenc; Slakoper; Filipović; Brkanić, *op. cit.* u bilj. 109, str. 202.

242. st. 1. ZTD-a izričito predviđa da se ovlast uprave da zastupa društvo ne može ograničiti.¹²⁶ To se ograničenje odnosi na položaj društva prema trećima. Dakle, prema trećima se ne može ograničiti opseg ovlasti zakonskog zastupnika dioničkog društva kako je on predviđen ZTD-om. To znači da uprava zastupa društvo prema trećima, u čemu je ovlaštena poduzimati sve pravne radnje u pravnim poslovima te pred sudom i drugim organima.¹²⁷ Drugim riječima, društvo ne može tražiti pobijanje ili utvrđivanje ništetnosti pravnog posla koje je sklopila njegova uprava, na temelju prigovora da članovi uprave nisu bili ovlašteni poduzeti određene radnje ili sklopiti određene poslove.

Drugo je međutim pitanje unutarnjeg ograničenja postupanja članova uprave. Tako društvo može ograničiti članove uprave u vođenju poslova društva, i to statutom, odlukama nadzornog odbora i glavne skupštine te poslovnikom o radu uprave.¹²⁸ Vođenje poslova društva širi je pojam od zastupanja, a obuhvaća zastupanje i donošenje poslovnih odluka.¹²⁹ U vođenje poslova društva svakako pripada i odluka člana uprave o sklapanju *self-dealing* pravnih poslova. Dok je u sklapanju ugovora sa samim sobom već sam zakon nametnuo opisana ograničenja, u sklapanju ugovora s osobnim interesom to nije slučaj. Međutim, dionička društva mogu u svojim statutima predvidjeti obvezu članova uprave da otkriju postojanje osobnog interesa u transakcijama društva te uz to predvidjeti da neki organ dioničkog društva mora dati posebno odobrenje za poduzimanje takvih poslova.

U svakom slučaju, ograničenja u vođenju poslova društva imaju isključivo učinak u unutarnjem odnosu društava i uprave. To znači da se ta ograničenja ne mogu primjenjivati u odnosu na treće, prema kojima je član uprave i dalje ovlašten zastupati društvo bez ograničenja.¹³⁰

Pitanje koje se nadalje postavlja jest mijenja li što činjenica da je navedeno ograničenje u vođenju poslova društva upisano u sudski registar te time poznato trećim osobama. Odgovor se nalazi u sudskoj praksi Visokog trgovačkog suda, u kojoj je izričito rečeno da ograničenje upisano u sudski registar *nema* pravne učinke prema trećim osobama.¹³¹ Razlog tomu jest da bi bilo koje ograničenje

¹²⁶ Isto i u njemačkom zakonodavstvu, § 82 (1) AktG-a.

¹²⁷ Čl. 241. st. 1. ZTD-a.

¹²⁸ Čl. 242. st. 2. ZTD-a; § 82 (2) AktG-a.

¹²⁹ Gorenc; Slakoper; Filipović; Brkanić, *op. cit.* u bilj. 109, str. 318.

¹³⁰ *Loc. cit.*; Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 715.

¹³¹ Pž-1084/00 od 17. listopada 2000., Pravo i porezi, *vol.* 11, 2001., str. 99 - 100; Pž-33324/02 od 9. rujna 2004., Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske,

u vođenju poslova društva, koje se u konačnici manifestira kao ograničenje u zastupanju društva, bilo suprotno prisilnim odredbama ZTD-a, točnije protivno odredbi da se zastupanje uprave dioničkog društva ne može ograničiti. Dakle, ograničenje vrijedi samo u unutarnjem odnosu između društva i članova uprave. To ne isključuje ni eventualnu kaznenopravnu odgovornost člana uprave, no u odnosu na treću osobu sklopljeni ugovor je i dalje valjan.

Kada se govori o učinku prema trećima, to se ponajprije odnosi na pitanje obvezuje li ugovor koji je član uprave sklopio s trećom osobom društvo ili ga ne obvezuje. Slijedom rečenoga, zaključak je da pravni poslovi koje članovi uprave poduzmu suprotno ograničenju iz statuta obvezuju društvo. Takvi ugovori su pravovaljani te društvo ne može isticati prigovor prekoračenja ovlaštenja iz zastupanja. Time se naravno štiti povjerenje u pravni promet te treće osobe.

No, što je sa situacijom kada treće osobe postupaju u namjeri nanošenja štete društvu, odnosno kada sklapaju ugovor s članom uprave znajući da član uprave povređuje ograničenja koja su mu nametnuta statutom ili na drugi način? Ako je pri tome treća osoba svjesno postupala na štetu zastupanoga, riječ je o zloporabi prava, tj. koluziji¹³² koja je izričito zabranjena. Točnije, čl. 6. ZOO-a predviđa da je zabranjeno ostvarivanje prava suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato. Ako treća osoba namjerno sklapa štetni ugovor za društvo s članom uprave za kojega zna da nema potrebnu suglasnost društva, oslanjajući se na to da će društvo biti obvezano takvim ugovorom, tada svakako ostvaruje pravo suprotno svrsi odredbe čl. 242. st. 1. ZTD-a kojom se određuje da se upravu ne može ograničiti u zastupanju prema trećima. Posljedica opisane zloporabe prava, tj. koluzije jest u tome što društvo neće biti obvezano takvim štetnim ugovorom prema trećoj osobi.

Samo znanje treće osobe o postojanju ograničenja, jer je ono primjerice objavljeno u sudskom registru, ne dovodi do koluzije i njezinih posljedica, što jasno proizlazi iz mandatorne odredbe ZTD-a kojom se uređuje da se zastupanje uprave dioničkog društva ne može ograničiti prema trećima. Dakle, za postojanje koluzije traži se da treća osoba postupa s namjerom nanošenja štete društvu.

Iako se ograničenje u vođenju poslova društva ne može isticati prema trećima, član uprave koji povrijedi obvezu predviđenu statutom odgovarat će društvu

br. 10, 2005., str. 153; Pž-6935/03 od 10. listopada 2006., Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, br. 12, 2006., str. 134 - 135.

¹³² Barbić, J., *Pravo društava, Opći dio*, Zagreb, 2008., str. 499.

za štetu koja mu je time nastala.¹³³ Također, takva povreda može biti razlog za opoziv imenovanja člana uprave.

Dakle, ovakva ograničenja predviđena statutom pružaju veći stupanj zaštite za društvo. Treće osobe koje postupaju u dobroj vjeri, kada znaju za postojanje ograničenja u vođenju poslova društva, vjerojatno će zahtijevati da član uprave dobije odgovarajuću suglasnost. A u slučaju da član uprave i povrijedi obvezu nametnutu statutom, društvo će lakše dokazati njegovu odgovornost, jer će biti dovoljno dokazati da je član uprave poduzeo točno određenu radnju koja je mu je zabranjena statutom, te visinu štete koja je time nastala. Stoga ograničenja u vođenju poslova društva upisana u sudskom registru mogu imati znatan pozitivan učinak na sprečavanje štetnih *self-dealing* transakcija članova uprave za društvo.

b) Skupno zastupanje društva

Zakonom je izričito predviđeno da društvo zastupa *uprava*.¹³⁴ Ako uprava ima samo jednoga člana, tada je jasno da on sam zastupa društvo. No, u slučaju da uprava ima više članova, tada se primarno određuje da su članovi uprave ovlašteni zastupati društvo samo *skupno*.¹³⁵ Od tog se pravila može odstupiti tako da je dioničko društvo ovlašteno u statutu predvidjeti da će ga zastupati pojedini članovi uprave sami ili zajedno s prokuristom.¹³⁶ Također je moguće odrediti zajedničko zastupanje, u kojem se odluke donose većinom glasova, ali ne i suglasnošću svih, ili se pak može odrediti pojedinačno vođenje poslova po određenim područjima i dr.¹³⁷

U slučaju da društvo ovlasti članove uprave da sami zastupaju društvo, to znači da je svaki od njih ovlašten samostalno obvezivati društvo sklapajući ugovore u ime društva s trećim osobama, a da mu prethodno nije potrebna suglasnost ostalih članova uprave. Međutim, obveza da postupa s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika proteže se i u odnosu na rad ostalih članova uprave. Tu se misli na svojevrsni nadzor i upućenost u rad ostalih članova

¹³³ Čl. 242. st. 2. ZTD-a zajedno s čl. 252. st. 2. ZTD-a.

¹³⁴ Čl. 241. st. 1. ZTD-a.

¹³⁵ Čl. 241. st. 2. ZTD-a.

¹³⁶ Čl. 241. st. 3. ZTD-a.

¹³⁷ Više u: Barbić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 749 - 750.

uprave.¹³⁸ Dakle, i kod pojedinačnog vođenja poslova društva članovi uprave dužni su paziti na ono što rade ostali članovi uprave.

Stoga se obrađuju prednosti skupnog zastupanja društva u smislu sprečavanja članova uprave u poduzimanju štetnih *self-dealing* transakcija za društvo. Kod skupnog zastupanja, da bi uprava donijela odluku o poduzimanju nekog pravnog posla, potrebno je da se *svi* članovi uprave o tome suglase, pri čemu zakonom nije određena forma u kojoj se takva suglasnost treba dati.¹³⁹ Barbić precizira da je davanje suglasnosti očitovanje volje koje kao takvo mora biti poznato ostalim članovima uprave.¹⁴⁰ Davanje suglasnosti može biti i izvan održavanja sjednica, jedino što je glavno jest da je na bilo koji način priopćeno ostalim članovima uprave.¹⁴¹

Kod skupnog zastupanja postiže se iznimno važan učinak prema trećima, a tiče se potpisivanja pravnih poslova u ime društva. Naime, čl. 241. st. 4. ZTD-a određuje da se članovi uprave potpisuju u ime društva pri sklapanju pravnih poslova. Ako je riječ o skupnom zastupanju, kod kojeg se traži suglasnost svih članova, tada je potrebno da svi članovi uprave potpišu svaki pravni posao koji uprava sklapa u ime društva. Time se postiže najučinkovitija kontrola nad radom pojedinog člana uprave od ostalih članova uprave, što je najveća razlika u odnosu na pojedinačno vođenje poslova društva.

Skupno vođenje poslova društva ima i nedostatke, primarno sporost donošenja odluke te otežano sklapanje pravnog posla jer se traži suglasnost svih članova. Također, jedan član uprave može imati prevladavajući utjecaj nad drugim članovima, osobito ako je ujedno i većinski dioničar društva. Bez obzira na nedostatke, skupno vođenje poslova društva može otežati pojedinom članu uprave da sklopi štetnu *self-dealing* transakciju. Ako se cijela uprava složi sa štetnom *self-dealing* transakcijom jednoga člana uprave, društvo će svoj zahtjev moći podnijeti protiv svih članova, koji u tom slučaju odgovaraju kao solidarni dužnici¹⁴², čime si povećava mogućnost namirenja nastale štete.

¹³⁸ *Ibid.*, str. 750.

¹³⁹ *Ibid.*, str. 749.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ *Loc. cit.* Pri tome se suglasnost može dati odvojenim radnjama, ali da se sve odnose na očitovanje u pogledu istog pravnog posla ili pak očitovanjem koje je dao samo jedan član uprave, pod uvjetom da se ostali članovi s time naknadno suglase. Isto tako, ako je jedan član spriječen u davanju suglasnosti, pravni se posao ne može sklopiti dok i on ne da svoju suglasnost. Više u Barbić, *op. cit.* u bilj. 132, str. 413.

¹⁴² Čl. 252. st. 2. ZTD-a. Članovi uprave mogu se osloboditi svoje odgovornosti samo ako dokažu da su primijenili pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika, što je zamis-

6. ZAKLJUČAK

U radu je obrađen problem štetnih *self-dealing* pravnih poslova u koje ulaze članovi uprave dioničkog društva, čime povređuju svoju obvezu prema društvu da kao zastupnici društva djeluju isključivo u njegovu interesu. Dan je pregled komparativnih rješenja o preventivnim mjerama kojima se nastoji onemogućiti da članovi uprave dioničkog društva ulaze u štetne *self-dealing* transakcije. Naime, apsolutna zabrana *self-dealing* transakcija članova uprave napuštena je da se ne liši društvo koristi koja se time postiže, s obzirom da nisu sve *self-dealing* transakcije članova uprave štetne za društvo. Ključna su pitanja je li član uprave dužan otkriti društvu postojanje osobnog interesa u transakciji koju poduzima u ime društva te je li predviđen sustav kontrole putem odobrenja pravnog posla od strane nadzornog odbora ili preostalih članova uprave. ZTD-om nije predviđena obveza člana uprave da otkrije postojanje svojega interesa, a u slučaju i da otkrije, nije predviđen ni sustav odobrenja *self-dealing* transakcija, osim u slučaju sklapanja ugovora sa samim sobom, te kod pitanja zabrane konkurencije i primanja članova uprave dioničkog društva. Od članova uprave dioničkog društva jedino se kroz opću obvezu lojalnosti i postupanja s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika traži da se suzdrže od pravnih poslova s osobnim interesom u odnosu na interes društva. Što se tiče harmonizacije europskog prava, važno je primijetiti da ovo pitanje nije ujednačeno te da prijedlog Pete smjernice koji je jedini rješavao problem *self-dealing* transakcija članova uprave nije usvojen. Takav stav iznenađuje s obzirom na činjenicu da europska društva često imaju većinske imatelje dionica, koji su često ujedno i članovi uprave društava, što otvara pitanje položaja drugih dioničara i efikasnost u sprečavanju štetnih *self-dealing* transakcija. U članku su izložene mogućnosti upotrebe statuta i skupnog zastupanja radi kontrole nad *self-dealing* transakcijama članova uprave. Otkrivanje postojanja osobnog interesa te mehanizam kontrole, tj. odobrenja od strane nekog organa društva, svakako bi pridonijelo podizanju korporativne kulture, transparentnosti u poslovanju te bi obeshrabrilo članove uprave da se upuštaju u poduzimanje pravnih poslova suprotnih interesima društva.

livo u slučaju da argumentiraju kako nisu znali da je konkretan pravni posao poduzet u korist drugog člana uprave, a na štetu društva, te da nisu ni mogli znati ulaganjem dužne pozornosti.

Summary

Mihaela Braut Filipović *

**POSITION OF BOARD MEMBERS OF A CORPORATION
IN ENTERING INTO CONTRACTS ON BEHALF
OF THE CORPORATION WITH A PERSONAL INTEREST
IN THE LEGAL TRANSACTION**

This paper deals with the permissibility of self-dealing transactions of corporation board members when entering into contracts with themselves or concluding contracts on behalf of the corporation, but with a personal interest. An overview of comparative solutions is presented, including those from European law, regarding measures aimed at preventing board members from entering into self-dealing transactions damaging to the corporation. There is no doubt, in both Croatian and comparative law, about the fact that corporation board members must act in the interest of the corporation. However, the absence of an absolute ban on self-dealing transactions for board members raises the issue of limits within which such legal transactions may be permissible. The question of establishing an efficient system to control such transactions is also raised. The article further presents possibilities of using the articles of association and group representation for the purpose of exerting control over self-dealing transactions entered into by board members.

Key words: company law, self-dealing transactions, contracts with personal interest entered into by board members, board members entering into contracts with themselves, group representation in corporations, articles of association

* Mihaela Braut Filipović, LL. M., Assistant Lecturer, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka

Zusammenfassun

Mihaela Braut Filipović*

POSITION VON LEITUNGSMITGLIEDER EINER
AKTIENGESELLSCHAFT BEI VERTRAGSSCHLIEßUNG
IN NAME DER GESELLSCHAFT, ABER MIT PERSÖNLICHEM
INTERESSE IN DER RECHTSGESCHÄFT

In dieser Arbeit wurde die Zulässigkeit von self-dealing (Eigengeschäft-) Transaktionen von Leitungsmitgliedern von Aktiengesellschaften in Fälle, wenn sie Verträge mit sich selbst schließen und wenn sie Vertrag in Name der Gesellschaft schließen, aber auch persönliches Interesse haben. Ein Überblick von komparativer Lösungen wurde gegeben, was auch europäische Recht einschaltet, über Präventionsmaßnahmen die benutzt werden, um zu verhindern, dass Leitungsmitglieder von Aktiengesellschaften Eigengeschäft Transaktionen machen, die der Gesellschaft schaden. Es ist ohne Zweifel in dem kroatischen und komparativen Recht, dass die Leitungsmitglieder einer Aktiengesellschaft Pflicht haben, im Interesse der Gesellschaft zu arbeiten, aber Ausfall einer gesamten Verbot von Eigengeschäft Transaktion öffnet die Frage der Grenzen in denen solche Rechtsgeschäfte erlaubt werden können, und wie eine effektivere Kontrollsystem über ihnen einzurichten. In Artikel sind besonders die Möglichkeiten der Benutzung von Statut und der gemeinsamen Vertretung wegen Kontrolle über Eigengeschäft Transaktionen von Leitungsmitgliedern geschildert.

Schlüsselwörter: Gesellschaftsrecht, Vertragsschließung von Leitungsmitglied mit persönlichem Interesse, Vertragsschließung mit sich selbst, gesamte Vertretung in Aktiengesellschaft, Statut der Aktiengesellschaft

* Mihaela Braut Filipović, Diplom-Jurist, Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Rijeka, Hahlić 6, Rijeka

